ATUALIDADE DO DIREITO PRIVADO

(ORGANIZADORES)

ARTHUR BEZERRA DE SOUZA JUNIOR
PRISCILLA MENEZES

ATUALIDADE DO DIREITO PRIVADO

EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

CONSELHO DO CAED-JUS

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-JUS

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2017, o evento ocorreu entre os dias 05 a 07 de julho de 2017 e contou com 10 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos dez livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2017. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Juan Carlos Balerdi (Instituto Ambrosio L. Gioja – Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires) e Clarissa Brandão (UFF). O trabalho premiado foi de autoria de Ana Claudia Andreucci e Michelle Junqueira sob o título "Infância do consumo e o consumo da infância: reflexões sobre o 'totalitarismo consumista' e o incentivo à transgressão e à violência infantil na sociedade pós-moderna".

SUMÁRIO

O USO DE MARCA REGISTRADA ALHEIA NA PUBLICIDADE COMPARATIVA

Aldo Batista dos Santos Junior

INTRODUÇÃO

Desde Pompéia, na Antiguidade Clássica, quando foram encontradas as tabuletas que continham os primeiros vestígios da publicidade (MUNIZ) até os dias atuais, houve uma enorme evolução na sociedade. A Revolução Industrial trouxe a linha de produção e aumentou substancialmente a quantidade de produtos fornecidos no mercado. Esta gama de produtos aliada as mudanças do homem pós-guerra, ávidos por inovações tecnológicas e facilidades para o cotidiano, valorizando mais o conforto e o gozo imediato da vida, acarretaram alterações também na sociedade de consumo. (YANAZE in AZEVEDO, 2007, p. 12)

Neste contexto, o consumo de bens produzidos teve que aumentar para atender a oferta, bem como as técnicas de marketing tiveram que se modernizar e serem mais eficazes. (PINHO, 1990, p. 18)

A partir do final do Século XX, o mundo já estava se consolidando como um imenso mercado de consumo, onde as forças da satisfação dos consumidores e do marketing já estavam presentes como havia determinado Theodore Levitt, em idos de 1960.

Nesse cenário o marketing é influenciado pelas novidades tecnológicas e um novo mundo promovido pelo comércio eletrônico, democratização dos meios de comunicação, blogs, redes sociais, CRM, Tecnologia da Informação, dentre outras modernidades.

O diferencial para que as empresas conquistem a atenção dos consumidores, cada vez mais assediados pelos concorrentes e exigentes quantos aos produtos e serviços oferecidos, é sem sombra de dúvida a quantidade de vezes que serão lembradas, mormente na hora da compra. Neste campo a publicidade torna-se a principal ferramenta de lembrança.

Enquanto a publicidade mira na consecução do lucro como alvo central de sua empreitada, a propaganda objetiva propagar a fé em algo e, por isso, conquistar mais crentes.

A principal forma de fazer publicidade passa pela existência de uma marca que nada mais é do que um sinal de fácil percepção pelos consumidores que tenha capacidade de se diferenciar dos seus concorrentes, desde que dentro do mesmo segmento mercadológico, aposto nos produtos e serviços.

É com a marca do produto, do serviço ou até mesmo a da empresa que as agências de publicidade e os publicitários irão veicular a publicidade dos anunciantes com o intuito de ganhar mercado e, principalmente, mais lucro. Porém, uma das formas mais eficazes de se "cortar caminho" pode ser por meio da publicidade comparativa.

A publicidade comparativa é "a qual, como o próprio adjetivo indica, se qualifica pelo confronto dos artigos, produtos, ou serviços de um concorrente com os de seu rival, no sentido de realçar as qualidades do primeiro e depreciar as do segundo." (DUVAL, 1976, p. 138)

A regulamentação brasileira sobre a publicidade, inclusive a comparativa, é realizada em um sistema que denominamos de "misto". Nele há tanto o controle privado da publicidade,

exercido pelo CONAR – Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária, como o controle público pelo Estado, através do Poder Judiciário e do Legislativo.

O CONAR é um órgão formado pelas entidades representativas dos anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação no afã de zelar pelas boas práticas no mercado publicitário e evitar, desse modo, a concorrência desleal. Para tanto, criou o CBAP – Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária com regras e orientações para a boa e ética publicidade, inclusive possuindo uma seção própria para a publicidade comparativa.

O Poder Estatal regulamenta a publicidade por meio do Legislativo, com a criação de leis específicas sobre o assunto, bem como com o Poder Judiciário, resolvendo as lides que surgem neste aspecto. As legislações mais relevantes sobre o tema são o Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº. 8.078/90) e o Código de Propriedade Industrial (Lei Federal nº. 9.279/96).

Não podemos nos olvidar que a base legislativa para a proteção marcária possui origem na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente no art. 5º, inciso XXIX.

Por conseguinte, observamos que tanto no controle privado como no público a publicidade comparativa possui regulamentação suficiente para que, na forma explícita ou implícita, acarrete danos ao anunciante que não os observar.

É nesse panorama que analisaremos o uso da marca registrada alheia na publicidade comparativa brasileira, suas formas, possibilidades, infrações e consequências, sempre com o escopo de direcionar os anunciantes, agências de publicidade, veículos de comunicação, dentre outros, a obedecerem as leis e regras éticas vigentes, tudo para que haja uma convivência mais pacífica e leal entre os concorrentes e dentro da própria sociedade.

1. PUBLICIDADE COMPARATIVA NO BRASIL.

A publicidade pode ser realizada de diversas formas e com inúmeras técnicas, dentre elas, a comparativa. Elaborar uma publicidade comparativa nada mais é do que comparar o produto ou o serviço que está sendo anunciado com o seu maior ou principal concorrente que geralmente é o líder do mercado ou um produto de muito sucesso no segmento explorado. É anunciar mostrando o produto ou serviço próprio na relação com o de seu concorrente. (NUNES, 2004, p. 435)

A publicidade comparativa é certamente uma ferramenta para a entrada de novos produtos no mercado de consumo, pois será sempre realizada com as marcas líderes:

> "Está comprovado que os produtos novos ou aqueles que vêm a se apresentar num mercado muito concorrido podem não ser percebidos ou lembrados. Por este motivo, muitas empresas que não possuem liderança de mercado utilizam-se da Publicidade Comparativa, que tem como característica principal enfatizar os aspectos positivos da empresa, do produto ou serviço, comparando-os com concorrentes, normalmente, líderes de mercado, para despertar o interesse do público para o consumo." (ROCHA)

Guy Durandin (1997, p. 104/105. Nota 9), por sua vez, explica que a publicidade comparativa visa comparar produtos de marcas concorrentes com a explícita indicação destas marcas nos anúncios. Consequentemente, em sua opinião, sem a indicação das marcas não há a comparação. A publicidade comparativa é realizada para enaltecer a característica de um produto sendo que esta característica sempre e obriga-

toriamente é melhor, mais moderna, com melhor qualidade ou uso do que a do produto concorrente comparado. Nunca se viu um anunciante comparar dados de seu produto com outros de um produto de qualidade bem superior, bem como nunca se viu um anunciante elaborar uma publicidade comparativa com outro concorrente de qualidade muito inferior e que, por isso, detenha pouco *market share*[1]. Em ambos os casos o anunciante que compara sairia prejudicado e não obteria os benefícios pretendidos com a comparação.

Obviamente, a comparação é realizada de forma parcial por vários motivos (tempo, dinheiro, dentre outros). O ideal seria a comparação completa, ou seja, aquela onde todos os pontos e características dos produtos ou serviços comparados são exploradas e explicadas incansavelmente na publicidade, porém referida comparação, além de ser inviável financeiramente pelo tempo de veiculação, traria aspectos mais de documentário do que de anúncio.

No Brasil, a publicidade comparativa é permitida, porém com algumas ressalvas sob pena de ser considerada ilícita e, por isso, é muito interessante analisarmos como funciona a regulamentação pátria a fim de se evitar maiores complicações ao anunciante.

Luiz Antonio Rizzato Nunes (2004, p. 472) comunga deste entendimento ao asseverar que a técnica da publicidade comparativa não está proibida de ser utilizada, desde que o anunciante siga os limites impostos pelo CDC, no capítulo sobre publicidade enganosa, bem como o CBAP, nas normas aplicáveis ao anúncio. Concordamos com tal afirmação, porém não podemos deixar de fora o Código de Propriedade Industrial que também deverá ser obedecido no presente caso.

---

1. *Market share* é a participação do mercado que cada instituição, empresa, organização, marca ou produto detenha no mercado. Para encontrá-lo basta verificar quantas unidades foram vendidas pela empresa e dividi-la pela quantidade total de unidades vendidas naquele segmento. O resultado é o *market share* do produto ou da empresa em percentual.

Assim, os regulamentos atuais sobre o assunto, vigentes no Brasil, consistem no CBAP - Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR – Conselho de Auto-Regulamentação, no Código da Propriedade Industrial - Lei Federal n°. 9.279/96 e no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Lei Federal nº. 8.078/90.

2. PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONAR.

O CBAP - Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e o CONAR – Conselho nacional de Auto-Regulamentação procede de algumas aspirações de que a classe publicitária necessitava e que foram discutidas durante o I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 1957; e o II Congresso Brasileiro de Propaganda, de São Paulo, em fevereiro de 1969, porém somente foi criado efetivamente após o III Congresso Brasileiro de Propaganda, de São Paulo, em 1978.[2]

Já no final da década de 80, o governo federal estava para sancionar uma lei que regulamentaria a atividade publicitária no Brasil. O meio publicitário com receio de que a atividade seguisse a influência externa[3] e fosse absurdamente controlada[4], com burocracia excessiva e censura demasiada, criou o CBAP[5]. Os principais idealizadores do projeto do CBAP

2. Referidos Congressos Brasileiros de Publicidade são tão relevantes quanto escassos. Para se ter uma idéia, o IV Congresso Brasileiro de Publicidade somente foi realizado nos dias 14, 15 e 16 de julho de 2008, na cidade de São Paulo. Importante salientar que, neste novo encontro, houve uma substituição da expressão "propaganda" por "publicidade".

3. Nos EUA uma Lei aprovada em 1969 a entrar em vigor em 1º/01/1971 (cf. Jornal Le Monde, de 15/10/1970 *apud* DUVAL, 1975:37) proibiu a publicidade de cigarros na TV e rádio.

4. Já em 1967, Caio Mendonça, então Deputado do Estado da Guanabara, apresentava à Assembleia Legislativa projeto que proibia a publicidade de cigarros, pelos danos que poderiam ocasionar (cf. DUVAL, 1975:28). Este receio existe até hoje com o constante surgimento de projetos de lei que visam regulamentar a publicidade, principalmente as de cigarros, as direcionadas às crianças e as de medicamentos.

5. O CBAP foi assinado em 05/05/1980 e registrado no 2º Cartório de Títulos e Documentos de São Paulo sob o nº 5.678 em 22/05/1980. Teve como base a legislação

foram Mauro Salles e Caio Domingues, principais redatores do CBAP; Petrônio Correa, representante das agências de publicidade e propaganda; Luiz Fernando Furquim de Campos, representante dos anunciantes; e Dionísio Poli, representante dos veículos de comunicação.

Foram estas pessoas que, juntamente com o meio publicitário, conseguiram perante o governo federal o arquivamento do projeto de lei que regulamentaria a publicidade no Brasil dando em troca a auto-regulamentação do mercado publicitário.

Sem sombra de dúvidas era patente a necessidade de uma regulamentação da área publicitária, pois desde 1477, quando houve o primeiro anúncio realizado no mundo[6], e de 1808, quando se iniciaram as primeiras publicidades no Brasil[7], os avanços nessa área foram incríveis e hoje possuem uma capacidade de persuasão cada vez maior com o passar dos anos. Todavia, a regulamentação realizada pelo governo federal, ao entendimento do meio publicitário da época, traria sérias consequências, impedimentos e dificuldades para o setor.

Destarte, o CONAR é o responsável pela mantença da ética na relação consumidor-publicitário-anunciante-veículos de comunicação, todavia sem força impositiva estatal. Contudo, as soluções do CONAR raramente são descumpridas servindo o CBAP inclusive de orientação à Justiça (ROCHA) podendo

---

de outros países e o Código Internacional de Prática Publicitária, editado em 1937 (cf. CENEVIVA, 1991:34).

6. Anúncio de livros religiosos publicado por William Caxton na Inglaterra.

7. Anúncios de imóveis ou de recrutamento pessoal, veiculados como classificados, publicados pelo Jornal Gazeta do Rio de Janeiro de forma gratuita, desde que entregues às quartas-feiras à tarde (cf. GONÇALVES, 2006:62). "No Brasil, os primeiros anúncios publicados nos jornais diziam respeito à venda de imóveis ('Quem quiser comparar uma morada de casas de sobrado com frente para a Santa Rita, fale com Ana Joaquina da Silva...'), à de escravos ('uma Paula tem *sapiranga* nos olhos e o ar triste'), aos leilões de tecidos ('constando de 64 peças de fustões acolchoados e 50 caixas com vestidos de senhoras'), a escravos foragidos ('um Benedito de Pirassununga com marca de golpe de faca, dois sinais entre as maminhas, que entende alguma coisa de ofício de pedreiro e é um tanto pilantra'), e à solicitação de serviçais para trabalhos em casas senhoriais ('de uma mulher para senhora inglesa, que saiba bem lavar, engomar e coser, pagando-se um tanto por mês'). Esses anúncios - o primeiro sendo publicado na Gazeta do Rio de Janeiro, em 1808 – que [...]" (PINHO, 1990, p. 17).

ser utilizado pelas autoridades nos julgamentos judiciais envolvendo publicidades, suas agências e os anunciantes.

Para isso, o CBAP – Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária traz diversos princípios gerais e princípios específicos. Estes, conhecidos como "Anexos", são os que regulamentam a publicidade de um determinado segmento ou grupos de produtos ou serviços, tais como cigarros, bebidas alcoólicas, automóveis, dentre outros. Já os princípios gerais, cuidam da regulamentação basilar de todo e qualquer tipo ou espécie de publicidade, tais como a respeitabilidade, a decência, a apresentação verdadeira e a própria publicidade comparativa.

A seção 7 do CBAP é a que cuida da publicidade comparativa com diversas normas e regulamentos a fim de coibir publicidades desleais ou ilícitas. Mais especificamente é o artigo 32 do CBAP o que regulamenta a publicidade comparativa. O *caput* deste artigo dispõe que a regulamentação é fundamentada nas tendências mundiais da área. Atualmente, é clara a direção dos países mais desenvolvidos em aceitar a possibilidade da publicidade comparativa. A controvérsia está exatamente em como aceitá-la.

Os EUA concordam, desde que esteja bem claro na publicidade com que anunciante e com qual produto se está comparando. Já no Brasil, somente a autorizam se for realizada sem identificação do comparado, pois se acredita que ao identificá-lo estará ocorrendo, no mínimo, uma desobediência ao Código de Propriedade Industrial, como veremos neste trabalho. Aliás, o próprio CBAP define que é requisito obrigatório da publicidade comparativa a obediência ao Código de Propriedade Industrial. Esta orientação consta no *caput* do artigo 32:

> "**Art. 32.** Tendo em vista as modernas tendências mundiais – e **atendidas as normas pertinentes do**

> **Código de Propriedade Industrial**, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: [...]" (grifo nosso)

Bem como em seu artigo 1°: *Art. 1°. Todo anúncio deve ser respeitador* ***e conformar-se às leis do país****; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro.*

Ao afirmar que o anúncio deverá respeitar a legislação em vigor no Brasil, há na verdade uma referência implícita, no que tange à publicidade comparativa, em obedecer ao Código de Propriedade Industrial, Lei Federal n°. 9.279/96.

Além do uso do Código o CBAP dispõe outras regras para a publicidade comparativa como a de que o seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor.

No aspecto do esclarecimento concordamos plenamente que a publicidade comparativa possui este condão. Ao comparar produtos concorrentes de forma verdadeira e íntegra, o consumidor passa a conhecer características dos produtos ou serviços de que muitas vezes não tinha sequer noção. Passa a saber qual produto é melhor no aspecto comparado. Claro que será sempre e somente no tocante ao aspecto comparado, pois muitas outras características não serão comparadas no comercial.

Contudo, o ideal para o completo esclarecimento dos consumidores é a comparação de todas as características principais dos dois produtos, o que é inviável, sob pena de o comercial ficar extenso em demasia e, com isso, perder o foco na venda do produto ou serviço. Além do que, se referida publicidade fosse assim realizada os custos ficariam altíssimos o que aumentaria ainda mais a inviabilidade do comercial. Outra consequência é que o produto comparante acabaria por perder para o comparado em alguns itens, o que seria completamente inaceitável para um comercial custeado pelo comparante. É preciso saber

que o produto comparado sempre possuirá algumas características melhores que as do comparante e vice-versa. Caso o produto comparado não possua nenhuma característica melhor este produto não deve sequer ser comparado, já que não é concorrente direto do comparante.

Outro princípio básico da publicidade comparativa, disposto no CBAP, se refere à objetividade dos dados que serão comparados. Vejamos o que dispõe a alínea "b", do artigo 32. Esta obrigatoriedade de a comparação ser objetiva é reafirmada pelo art. 27, parágrafo §1º – Descrições, do CBAP.

Ao obrigar que a comparação na publicidade seja objetiva e comprobatória evita-se diversos e inúmeros problemas e mal-entendidos. Imaginemos uma comparação alicerçada em conceitos psicológicos ou emocionais, qual seria a fundamentação para defesa da mesma?

A resposta é patente: cada pessoa a defenderia da forma como acata o produto, se for um que tenha uma penetração maior na família ou relembre fatos vividos com parentes e amigos, a lembrança do produto será carinhosa e este, mesmo sendo inferior ao do concorrente, será sempre o preferido deste consumidor.

Na comparação objetiva, os dados demonstram a realidade fática existente. O carro "*X*" é mais veloz que o "*Y*" porque a sua velocidade real chega a 240 km/h enquanto que o do concorrente somente chega a 180 km/h. A comparação aqui realizada é clara e fundamentada, sem possibilidades de controvérsias, salvo no procedimento adotado na análise que é uma discussão objetiva sobre métodos analíticos e não sobre a própria subjetividade ou objetividade da comparação.

Já em uma publicidade comparativa de um determinado produto alimentício com outro concorrente fica impossível aferir qual é o mais gostoso ou delicioso, pois o que é bom para uma pessoa, no paladar de outra pode não ser.

Outro ponto do CBAP, no que tange à publicidade comparativa, é que a comparação no reclame deverá, conforme alínea "c" do artigo 32, ser passível de comprovação. Esta necessidade, inclusive, vem na mesma linha do que dispõe o próprio Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, que exige que a publicidade seja sempre verdadeira e transparente na sua fundamentação, ou seja, deverá ser clara e passível de comprovação. Aliás, este mesmo Código impõe uma sanção penal para o anunciante que se omitir na guarda dos dados fáticos que comprovem o alegado na publicidade.[8]

Se a regra já existe para qualquer tipo de publicidade, quem dirá para a modalidade comparativa que é causadora de uma série de discussões e processos éticos no CONAR[9].

Esta modalidade, mais do que as outras, deve ter as suas alegações e comparações sempre comprováveis para caso haja a necessidade. A indicação da fonte, forma de comparação e outros dados inerentes à comparação devem, sempre que possível, estar indicados no corpo da publicidade, como forma de atestar maior veracidade à mesma e de se comprovar a comparação.

Tratando-se de publicidade comparativa de bens de consumo, a comparação deverá ser realizada, conforme dispõe a alínea "d" do art. 32 do CBAP, com modelos fabricados no mesmo ano.

A comparação entre modelos de anos diferentes não deve ser prática realizada pelos anunciantes até porque, além de proibida pelo CBAP, seria desleal comparar um produto mais moderno com outro mais antigo, já que este logicamente teve menos acesso à tecnologia e novos materiais do que o seu concorrente mais moderno.

---

8. **Art. 69 -** Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: **Pena -** Detenção de 1 (um) a 6 (seis) meses ou multa.

9. Para maiores detalhes sobre os processos éticos que envolvem o tema da publicidade comparativa vide o site do CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação no endereço www.conar.org.br.

A única possibilidade de se comparar, em um anúncio, modelos de anos de fabricação diferentes seria como forma de demonstrar a evolução do próprio produto durante os anos como, *e.g.*, um comercial onde aparecem os modelos da Ford: Ford 1924, Ford 1940, Galaxie 500, Corcel I, Corcel II, Versailles, Escort, Fiesta e Fusion 2010, como forma de demonstrar que houve uma evolução do carro.

O anunciante ao utilizar a técnica comparativa na publicidade deverá, outrossim, tomar cuidado com a utilização da imagem corporativa de empresas, associações, classes profissionais dentre outras. A única possibilidade do uso de imagem corporativa seria com a autorização escrita do responsável pela corporação, e que fique bem claro: a autorização deverá ser sempre escrita para evitar possíveis problemas no futuro.[10] Lembremos o célebre caso que envolveu a ONU – Organização das Nações Unidas e o Centro Auditivo Telex, em 1981. Este, por ser sócio cooperador da Organização das Entidades Não-Governamentais do Brasil, título que possuía o emblema da ONU, utilizou-se deste emblema em suas campanhas publicitárias com o escopo único de transparecer que aquele órgão internacional referendava os seus produtos. Obviamente, referidos comerciais foram sustados em julgamento da 1ª Câmara de Ética do CONAR, em idos de 1982. (SCHNEIDER, 2005, p. 102/103)

A publicidade comparativa no CBAP está muito bem disposta, apenas existindo alguns pontos passíveis de discussões. Necessitaria de algumas melhorias nas explicações dos significados de algumas proibições como, *v. g.*, a de que o uso da marca registrada alheia é considerado como ofensa à sua proteção marcária.

10. Caso não exista tal autorização a corporação poderá entrar com ações judiciais pelo uso indevido da imagem, inclusive pedindo indenizações.

3. A PUBLICIDADE COMPARATIVA E A LEI 9.279/96.

A publicidade comparativa pode ser analisada também pela ótica da legislação vigente, mais especificamente perante a visão do Código de Propriedade Industrial, a Lei Federal n°. 9.279, de 14 de maio de 1996. Referida lei regulamenta o registro de marcas, patentes, desenhos industriais dentre outros.

A nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5°, inciso XXIX, dispõe sobre a proteção marcária e, assim sendo, a proteção marcária encontra regulamentação tanto na Constituição Federal de 1988 como no Código de Propriedade Industrial - Lei Federal n°. 9.279/96.

A proteção dada pelo Código de Propriedade Industrial é imprescindível para o contínuo incentivo e aprimoramento do progresso tecnológico e, desse modo, ocasiona visíveis benefícios para o mundo e sua sociedade. É esta proteção que incentiva os investimentos em novos produtos, tecnologias e invenções.

A primeira marca surgiu, como nós a conhecemos hoje, em 1835 e era a marca *Old Smuggler* de uma linha de uísque especial escocês. Desde aquele momento, surgiu a necessidade de se criar uma legislação que compelisse o uso indevido da marca, como realmente criou-se em 1862 na Inglaterra e, posteriormente, na Alemanha (1870) e nos Estados Unidos da América do Norte (1874).

De lá para cá, o mundo mudou e atualmente a marca é o bem de maior valor que uma empresa possui. (FARAH, 2009, p. 31/33) e é o ponto central da atividade publicitária devendo, portanto, ser registrada no órgão competente para poder existir como patrimônio para o seu proprietário, que no caso, é a empresa anunciante. (MARTINS, 1997, p. 55)

A regulamentação legislativa das marcas se procede através da Lei Federal de nº. 9.279/96, de Portarias e Resoluções

do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial[11] que é o órgão responsável pelo registro marcário no Brasil. O consumidor deve, em virtude da marca, facilmente identificar a origem do produto ou do serviço, inclusive identificando até a sua qualidade, já que fica sabendo quem o fornece.

Marca é o símbolo identificador de produtos ou serviços. É todo sinal, distintivo e visualmente perceptível, aposto facultativamente aos produtos e artigos das indústrias em geral para identificá-los e diferenciá-los de outros ou semelhantes de origem diversa. Lembramos, ao ensejo, que a marca obrigatoriamente será visualmente perceptível, sendo vedada a existência, no Brasil, de marcas sonoras ou olfativas como, *e.g.*, existem em outros países nos casos das motocicletas da marca Harley Davidson[12] e dos automóveis esportivos da Ferrari, onde ambos os produtos possuem o "ronco" dos motores registrados como marca.

Após o registro, o titular da marca adquire diversos direitos, tais como os dispostos no artigo 130 da LPI[13], ou seja, o direito de ceder seu registro ou pedido de registro, licenciar o seu uso por terceiros e zelar pela sua integridade material ou reputação.

O titular da marca ao exercer a sua atividade empresarial poderá também utilizar a sua marca em qualquer atividade que empenhe como, *e.g.*, notas fiscais, papel de embalagem, embalagens, comerciais etc.

Este direito de uso é exclusivo e só cabe ao titular da marca registrada usá-lo ou permitir que outro o use.

Sendo assim, estes são os direitos que o titular da marca possui e qualquer desobediência a estes preceitos deverá ser punida de forma severa. O próprio artigo 189 do Código de Propriedade Industrial dispõe que a reprodução, sem autorização do titular,

---

11. Ver mais sobre o INPI no site http://www.inpi.gov.br/ .

12. **Jornal Motoonline**. Disponível em: <http://www.motonline.com.br/colunistas/paulo-couto/harley-23jul06.html>. Acesso em: 25 de agosto de 2009.

13.

no todo ou em parte, de marca devidamente registrada no INPI, é considerada como crime contra registro de marca e é apenado com a detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Ao trazermos esta sucinta análise ao cotidiano da publicidade comparativa nos deparamos com algo que já faz parte do dia-a-dia das agências de publicidade: a utilização de marca alheia registrada em publicidades comparativas.

Atualmente a publicidade comparativa é plenamente utilizada pelos anunciantes e agências de publicidade de forma errônea e ilícita. Os anunciantes elaboram publicidades onde apresentam um comparativo entre a marca "X" e a marca "Y" no próprio comercial. O ponto central do problema refere-se exclusivamente na exposição da marca alheia pelo anunciante que elabora o comercial e que, dessa forma, não possui a titularidade.

Não se trata de simples oposição à publicidade comparativa, mas sim de que a publicidade comparativa que não faça uso da marca registrada por terceiros, pois já é possível elaborar uma publicidade comparativa no Brasil sem ofensa aos preceitos do Código de Propriedade Industrial e à legislação esparsa. Basta que, para isso, não utilizemos a marca alheia na publicidade comparativa. Ao usar a técnica da comparação o anunciante deverá comparar o seu produto implicitamente com outro, ou seja, com um que não contenha identificação de marca alguma como, por exemplo, o caso já aqui relatado das tintas Suvinil, onde o ator compara a lata de tintas Suvinil com outra lata de tinta sem qualquer identificação, alegando que a tinta Suvinil é melhor que aquela outra.

CONCLUSÃO

Ao fim, concluímos que o mais correto é a aplicação diferenciada dos mesmos, pois os termos possuem objetivos distintos. Enquanto uma (publicidade) objetiva a obtenção de lucro, a outra (propaganda) busca adeptos a uma ideologia.

Já dentro do Código de Auto-Regulamentação (CBAP), o texto possui mais de trinta anos (foi assinado em 05 de maio de 1980 e registrado em Cartório em 22 de maio do mesmo ano). Algumas alterações são realizadas no intuito de se atualizar o Código com a sociedade atual, mas o art. 32, que dispõe sobre a publicidade comparativa, não foi objeto dessas mudanças e urge ser corrigido.

Primeiramente, a nomenclatura da seção 7 do CBAP deve ser alterada de "propaganda comparativa" para "publicidade comparativa", adequando-se melhor ao significado dos termos.

Outro ponto é objetivo apregoado pela alínea "a" do artigo 32, de esclarecer o consumidor pela publicidade comparativa, que deve ser melhor explicado. Esclarecer o quê? Quais pontos do produto ou serviço devem ser apontados? Obviamente que os pontos esclarecidos ao consumidor devem ser sempre os essenciais e principais dos produtos ou serviços, em encontro até ao que dispõe o CDC, mas esta é uma conclusão que tiramos e que deveria estar explícita no texto da alínea.

O maior problema que percebemos está contido na redação da alínea "f' do artigo 32 do CBAP. A proibição de publicidade comparativa que denigra à imagem do produto ou à marca de outra empresa não está clara. O que seria denegrimento à imagem do produto? E à marca de outra empresa? Acreditamos que ao realizar um dano à imagem de um produto consequente atingiremos a marca de outra empresa, ou vice-versa.

Após uma detida análise do Código de Propriedade Industrial (Lei Federal nº. 9.279/96), chegamos a um entendimento que somente a publicidade comparativa implícita é permitida no Brasil. Qualquer publicidade comparativa explícita, ou seja, que indique em seu corpo a marca ou o nome empresarial do concorrente é passível de punições, inclusive na esfera penal.

Há quem defenda outro posicionamento no Brasil (COELHO; DURIGAN) afirmando que a única publicidade comparativa ilícita no país é a falsa, enganosa ou desleal. O fundamento utilizado é de que a Constituição Federal determina que a propriedade deva ter uma função social e no embate desta com o direito de propriedade prevalece a função social da propriedade, ou seja, a propriedade marcária deve ser colocada de lado para beneficiar os consumidores (função social).

Não compartilhamos desta compreensão, pois tal realidade seria a consolidação do caos e da insegurança jurídica. A propriedade produtiva e honesta seria sempre subjugada para beneficiar terceiros que sequer trabalharam para obtê-la. São pessoas que querem com a publicidade comparativa explícita "abreviar" o caminho normal percorrido pelas outras marcas que hoje estão em destaque e são líderes.

Ademais, a própria Constituição Federal, utilizada como embasamento por aqueles teóricos, defende a propriedade marcária tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. A propriedade marcária é o maior patrimônio da empresa e hoje representa um alto valor dentro do ativo das mesmas superando, às vezes, até o capital material.

O que propulsiona a economia e o desenvolvimento tecnológico no país é exatamente a segurança de que o produtor, comerciante ou anunciante terá em possuir a propriedade de seu maior bem: a marca e o que ela representa.

Por isso, defendemos que a publicidade comparativa só pode ser realizada na forma implícita (ANGELO; PEREIRA), sob pena de descumprimento do texto legal vigente e, até mesmo, do CBAP.

Enfim, a publicidade comparativa possui, por um lado, pontos favoráveis como o estímulo da livre concorrência, o avanço tecnológico movido pela comparação entre os produtos; uma maior informação dos produtos colocados no mercado; repre-

senta a liberdade de expressão; possui caráter informativo dentre outros. (PEREIRA, 2001, p. 90). Por outro, são desfavoráveis pela parcialidade na elaboração; preponderância do interesse do anunciante sobre o do consumidor; possibilidade de aumentar a indecisão dos consumidores; contribui para a concorrência desleal. (PEREIRA, 2001, p. 91)

É óbvio que existem argumentos a favor e contra, mas mesmo assim, diante de todo o exposto, acreditamos ser viável a realização da publicidade comparativa no Brasil, desde que seja sempre na forma implícita, bem como que não contenha dados falsos ou mentirosos que a caracterizem como uma publicidade enganosa ou desleal, sob pena de se infringir a legislação vigente acarretando, com isso, punições que podem chegar até a detenção do infrator.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Claudiney de. *Marcas: Anotações Práticas e Teóricas ao Código da Propriedade Industrial: artigos 122 a 228: Doutrina, comentários, legislação e modelos práticos.* São Paulo: Livraria e Editora universitária de Direito, 2000.

AZEVEDO, Ney Queiroz de. *Sociedade da Informação: Os Limites Jurídicos da Publicidade no Brasil à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2007. 116 fls. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade do Paraná, Curitiba (PR), 2007

CENEVIVA, Walter. *Publicidade e Direito do Consumidor.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* 7ª edição revista e atualizada de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. Tomo I.

DURANDIN, Guy. *As Mentiras na Propaganda e na Publicidade*. São Paulo: JSN Editora, 1997.

DURIGAN, Paulo Luiz. *Publicidade Comparativa: Informação Persuasiva e Concorrência.* 1ª Edição. Curitiba: Edição do Autor, 2007.

DUVAL, Hermano. *A Publicidade e a Lei.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

_________. *Concorrência Desleal.* São Paulo: Editora Saraiva, 1976.

FARAH, Michele Cesar. *Marketing Cultural: o Entretenimento como Construção de Marcas.* 2009. 78 fls. Dissertação (Mestrado em Comunicação Social e Cultura) – Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura, Universidade de Sorocaba, Sorocaba (SP), 2009.

GONÇALVES, Elizabeth Moraes. *Propaganda & Linguagem: Análise e Evolução*. São Bernardo do Campo (SP): Universidade Metodista de São Paulo, 2006.

MARCONDES FILHO, Ciro (org.). *Dicionário da Comunicação.* São Paulo: Paulus, 2009.

MARTINS, José R. *Grandes Marcas Grandes Negócios: Como as pequenas e médias empresas devem criar e gerenciar uma marca vendedora*. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de Direito do Consumidor: com Exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_________. Compre Bem: *Manual de Compras e Garantias do Consumidor*. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. *Concorrência Desleal por meio da Publicidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

PINHO, José Benedito. *Propaganda Institucional: Usos e Funções da Propaganda em Relações Públicas.* São Paulo: Summus, 1990.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *A Oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

ROCHA, Valdir. COELHO, Daniele Maia Teixeira. *A Publicidade Comparativa no Brasil.* Disponível em: <http://www.valdirrocha.com.br/pdfs/Publicidade%20Comparativa%20Gala.doc>. Acesso em: 22 de março de 2010.

SCHNEIDER, Ari. *CONAR 25 Anos – Ética na Prática.* São Paulo: Editora Terceiro Nome/ Albatroz: 2005.

RESTRIÇÕES VERTICAIS EXCLUSIONÁRIAS: LIMITES ENTRE O LÍCITO E O ILÍCITO NAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE

Amanda Letícia Muniz Paes

INTRODUÇÃO

Restrições verticais podem ser caracterizadas como aquelas restrições impostas por um agente de um mercado de origem a outro agente a ele relacionado verticalmente na cadeia produtiva. Exclusividade, por sua vez, vem do adjetivo exclusivo, aquilo que é restrito, privativo, livre de concorrentes.

Nesta linha, existe uma tendência em imaginar que as restrições verticais exclusionárias, por si só, configurariam ilícito concorrencial. Tal pensamento, por sua vez, é natural, tendo em vista o preceito do artigo 36 da Lei nº12.529/2011, o qual afirma constituir infração à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos de: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar o mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; exercer de forma abusiva posição dominante.

No entanto, partindo da análise dos princípios constitucionais, as restrições verticais exclusionárias, em tese, não representariam

infração à ordem econômica, tendo em vista que pressupõem o exercício da livre iniciativa. Esta, por sua vez, apresenta-se como preceito da propriedade privada, princípio basilar de qualquer economia capitalista, de modo que, sem ela, não existiria segurança jurídica para que os agentes atuassem no mercado.

Por outro lado, não é possível analisar corretamente as restrições verticais excluindo outros princípios constitucionais fundamentais para a ordem econômica, designadamente a função social da propriedade e a livre concorrência. Nesta linha, a competição entre os agentes econômicos é extremamente benéfica ao consumidor, pois reflete preços mais atraentes, qualidade dos produtos e serviços, bem como inovação tecnológica. No mercado competitivo, portanto, o agente econômico gera empregos, arrecada tributos e promove desenvolvimento, uma vez que o Estado lhe assegura a titularidade daquilo que criou ou inventou, garantia esta que se reflete na proteção da propriedade industrial.

Por conseguinte, partindo para a análise das restrições verticais exclusionárias nos contratos, tem-se que estes representam o instrumento pelo qual os contratantes se auto obrigam em deveres e tornam-se sujeitos de direito. Nesta linha, comumente, os contratos apresentam cláusulas de exclusividade, visto que estas simbolizam um diferenciador do agente econômico, sendo uma importante ferramenta para distingui-lo dos seus rivais na acirrada disputa travada no mercado pela conquista do consumidor.

Contudo, em algumas situações, um dos contratantes poderá ser detentor de posição dominante, de modo que utilizaria as cláusulas de exclusividade para afetar a relação entre os agentes econômicos e, consequentemente, o próprio funcionamento do mercado. A partir disso, fica claro que, muitas vezes, os contratos transcendem a esfera privada, externalizando efeitos a terceiros, interessados no objeto do contrato, como também à própria sociedade.

Isto posto, as autoridades concorrenciais existem exatamente para este fim. Responsáveis pela verificação das externalidades promovidas pelo contrato, as referidas autoridades determinarão, assim, quando elas serão positivas, promovendo contrapartidas para a sociedade, e quando serão negativas, gerando concentrações econômicas.

Nesta linha, inicialmente, será realizada uma análise histórica das restrições verticais, tomando como base as principais teorias que contribuíram para os estudos do direito antitruste moderno. Em seguida, serão estabelecidos os principais efeitos das cláusulas de exclusividade para o mercado, contrapondo os seus ganhos de eficiência e os seus prejuízos anticoncorrenciais. Por fim, serão trazidos casos concretos, envolvendo cláusulas de exclusividade e analisados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), de modo a tornar possível estabelecer os principais critérios levados em consideração pelo referido tribunal administrativo para a determinação da legalidade de tais cláusulas.

1. ANÁLISE HISTÓRICA

Ao analisar o estudo sobre as restrições verticais exclusionárias, faz-se fundamental a abordagem sob as perspectivas norte-americana e europeia, dado que estas doutrinas delinearam o atual tratamento sobre a exclusividade pelas autoridades concorrenciais brasileiras.

Com efeito, nos Estados Unidos, o estudo sobre as restrições verticais exlcusionárias se deu em três momentos. O primeiro deles, conhecido como período Pré-Chicago, foi marcado pelas decisões desfavoráveis para as restrições, pois consideravam as cláusulas de exclusividade ilícitas *per se*. Neste sentido, havia uma preocupação muito grande com a preservação da concorrência intramarca, ou seja, aquela concorrência entre agentes verticalmente interligados na cadeia produtiva.

Em um segundo momento, conhecido pela introdução do pensamento da Escola de Chicago, doutrina e jurisprudência norte-americanas passaram a adotar uma postura muito mais permissiva quanto à exclusividade, chegando, inclusive, a considera-la lícita *per se*. De acordo com os estudiosos desta escola, as cláusulas de exclusividade não afetariam a concorrência, mas produziriam eficiências, visto que os agentes econômicos que a utilizassem estariam sendo beneficiados pela economia de escopo e pela redução dos custos de transação. Desta forma, tais eficiências induziriam ao bem-estar do consumidor, pois aprimorariam a atuação dos agentes no mercado e, consequentemente, formariam um mercado mais competitivo.

Com efeito, a Escola de Chicago utilizava como fundamento a teoria do *Single Monopoly Porfit*, a qual refletia a ideia de que o monopolista de um mercado não teria incentivo para monopolizar um segundo mercado, posto que já conseguia atingir as margens de lucro desejadas em seu primeiro mercado. Contudo, tal teoria foi fortemente criticada, tendo como principal alvo a sua análise simplista das restrições verticais, tendo em vista que ignorava os prejuízos anticoncorrenciais trazidos por elas.

Assim, surgiu o terceiro momento da análise concorrencial na doutrina norte-americana, conhecido como período Pós-Chicago. Os estudiosos deste momento, por sua vez, embora considerassem a análise econômica realizada pela Escola de Chicago um avanço, sustentavam que as restrições verticais possuíam ganhos de eficiência, mas também refletiam efeitos negativos, de modo que a análise deveria ser feita caso a caso. Sendo assim, neste momento, quando as cortes norte-americanas fossem determinar o caráter lícito ou ilícito das restrições verticais, levariam em consideração não só os ganhos de eficiência, mas também fatores como a igualdade de condições para concorrer e a liberdade de escolha do consumidor.

Em contrapartida, quanto à análise sob a perspectiva europeia, inicialmente, houve uma forte resistência quanto aos

estudos desenvolvidos pela Escola de Chicago, de modo que doutrina e jurisprudência europeias adotavam uma análise de ilicitude *per se* das cláusulas de exclusividade, desconsiderando os seus ganhos de eficiência. Tal avaliação, por sua vez, era um reflexo da própria estrutura industrial europeia, com agentes econômicos de dimensões muito menores que as norte-americanas e com um sistema de distribuição pulverizado, elevando a máxima "*Small is beautiful*".

No entanto, o pensamento supracitado tornou-se obsoleto, de modo que as autoridades concorrenciais europeias passaram a adotar a regra da razão, ou seja, uma análise baseada nos efeitos da conduta. Desta forma, as cláusulas de exclusividade possuem presunção relativa de legalidade, desde que haja uma forte concorrência entremarcas, a qual será analisada a partir do *market share* de quem está impondo a restrição. Sendo assim, na Europa, há o reconhecimento da proteção da concorrência, não dos concorrentes, uma vez que, desde que não reflita prejuízos ao bem-estar do consumidor, não haverá ilícito algum quando a restrição eliminar concorrentes menos eficientes.

No Brasil, a evolução substancial dos estudos sobre a concorrência ocorreu no momento em que a moderna teoria econômica sobre as restrições verticais já estava estabelecida. Nesta esteira, a Lei nº 12.529/2011 regulamentou um sistema segundo o qual toda conduta deve ser avaliada de acordo com a regra da razão, ou seja, avaliando os seus efeitos positivos e negativos para que seja possível chegar a um efeito líquido da conduta. Portanto, seguindo a linha da atual jurisprudência europeia, a prática somente será condenável se tal efeito líquido for negativo.

2. GANHOS DE EFICIÊNCIA

Os ganhos de eficiência das restrições verticais fundamentam-se, basicamente, na redução dos custos de transação do agente econômico, os quais representam os custos neces-

sários para realizar uma transação no mercado ao invés de realizá-la internamente.

Desta forma, o primeiro ganho de eficiência advindo das cláusulas de exclusividade é o incentivo ao investimento, tendo em vista que estas são capazes de eliminar muitas incertezas do empresário, em especial aquelas refletidas na chamada extorsão pós-contratual. Explicando melhor, é comum que um agente econômico realize altos investimentos para adimplir com a sua obrigação contratual, de modo que, caso o negócio se frustre, tais investimentos terão retorno improvável. Assim, uma vez celebrado o contrato, o poder de barganha que o empresário tinha diminui substancialmente, deixando-o susceptível a possíveis extorsões.

As cláusulas de exclusividade, por sua vez, evitariam estas extorsões, dado que o investidor teria maior certeza de retorno, aumentando, assim, a própria eficiência do negócio. Assim, a título de exemplo, quando um distribuidor constrói uma planta industrial em torno de um determinado cliente, ao aplicar a este o dever de exclusividade, a probabilidade de receber retorno pelo seu investimento é muito mais alta, uma vez que correrá menores riscos de ter seus ativos improdutivos.

Ademais, dentre os ganhos de eficiência, cita-se a inibição dos *free-riders*, ou seja, aqueles agentes econômicos que se beneficiam de externalidades positivas advindas de investimentos de terceiros sem que lancem qualquer contrapartida no custeio de tais ganhos. Desta forma, se um agente econômico A1 possui em seu estabelecimento profissionais aptos a oferecer um atendimento informativo e de qualidade, consequentemente, o custo final do seu produto será mais elevado. Por outro lado, se não houver exclusividade entre o agente A1 e o seu fornecedor, provavelmente um agente A2 poderá se beneficiar dos investimentos realizados por A1, tendo em vista que aquele pode comprar os produtos do mesmo fornecedor do agente A1 e vender

por um valor reduzido, já que os clientes utilizarão o serviço do agente A1 e comprarão no agente A2, por seu mais barato.

Por fim, outro argumento frequente para justificar as cláusulas de exclusividade é a eliminação da dupla marginalização, visto que quando dois agentes econômicos verticalmente relacionados na cadeia produtiva detêm certo poder de mercado, estes tendem a impor, cada um, a sua margem de ganho. Esta situação decorre do fato de que os agentes não levam em consideração os preços praticados pelos seus parceiros verticais ao decidirem como praticarão os seus preços, de modo que o custo final tenderá a ser muito elevado. Assim, a cláusula de exclusividade, em tese, evitaria tal dupla marginalização, posto que os agentes necessariamente se comunicariam.

4. EFEITOS ANTICOMPETITIVOS

Noutro giro, dentre os principais efeitos anticompetitivos, cita-se o fechamento do mercado, uma vez que, a partir do momento em que um distribuidor se vincula a apenas um fornecedor, os concorrentes deste fornecedor poderão ficar sem um importante canal de escoamento da sua produção.

Além disso, um segundo efeito que pode ser citado é o aumento dos custos dos concorrentes. Este argumento é baseado no fato de que as cláusulas de exclusividade têm a potencialidade de criar barreiras para a entrada de novos concorrentes no mercado. Neste sentido, para que um agente consiga entrar no mercado no qual se encontra estabelecido um acordo de exclusividade, ele precisará entrar em ambos os mercados – do fornecedor e do distribuidor – para que tenha alguma chance de competir. Sendo assim, usualmente diz-se que tais cláusulas inibem a entrada de novos agentes no mercado, posto que aumentam substancialmente os seus custos.

Nesta linha, como decorrência do efeito supracitado, a partir do momento em que o produtor firma um contrato de exclusividade com o maior distribuidor da região, os demais distribuidores terão uma dificuldade muito maior para escoar sua produção. Assim, consequentemente, estes diminuirão a sua produção para maximizar os seus lucros e não ficar com uma produção ociosa. Desta forma, além de aumentar o poder de mercado do agente que se beneficia da exclusividade, tal restrição cria uma ineficiência oriunda do decréscimo da produção e aumento do preço decorrente da exclusividade, gerando o seu terceiro principal efeito: a colusão involuntária.

Por fim, quando se fala de exclusividade, é comum afirmar também que esta possui o condão de facilitar a formação de cartéis, tendo em vista que diminuem substancialmente o poder que os compradores possuem para forçar os fabricantes a concorrerem entre si. Desta forma, diz-se que a exclusividade pode auxiliar competidores a superarem obstáculos que normalmente enfrentariam para manter os cartéis e os preços acima dos níveis competitivos.

5. ESTUDO DE CASOS

Dentre os julgados do CADE envolvendo cláusulas de exclusividade, tornaram-se históricos os casos do Shopping Iguatemi[14], dos Créditos Consignados[15] e do Sportv[16].

No primeiro caso, o Shopping paulista Jardim Sul acusou o Shopping Iguatemi de impor exclusividade aos seus lojistas de marcas de grife, para que estes não se instalassem em shopping centers concorrentes do Iguatemi, designadamente aqueles shoppings de alto padrão localizados nas zonas sul e oeste da cidade de São Paulo.

---

14. Processo Administrativo 08012.009991/1998-82
15. Processo Administrativo 08700.003070/2010-14
16. Processo Administrativo 08012.003048/2001-31

No caso em questão, o poder de mercado do Shopping Iguatemi foi inferido a partir do seu caráter diferenciado – caracterizado como shopping de mais alto luxo do país –, da sua capacidade de impor preços de locação muito superiores aos dos demais e da sua participação no mercado relevante, o qual foi delimitado como shopping centers de alto padrão nas regiões das zonas oeste e sul de São Paulo. A partir disso, para o CADE, as cláusulas de exclusividade incluídas nos contratos de locação do referido shopping conferiram um caráter de contrato de adesão a tais locações.

Em seguida, o CADE analisou a razoabilidade dos contratos, a partir das justificativas apresentadas pelo Shopping Iguatemi, designadamente (i) o contínuo desenvolvimento e inovação do mix de lojas; (ii) necessidade de preservar o conceito de shopping único e diferenciado; e (iii) eternidade das locações. Contudo, a investigação não demonstrou qualquer justificativa econômica, constatando, inclusive, contradição em relação ao segundo argumento, uma vez que a restrição imposta por estes contratos se referia apenas à instalação das lojas de grife em shoppings de alto padrão, excluindo shoppings populares, locais onde, de fato, a instalação destas lojas poderia justificar uma preocupação com a imagem de luxo e qualidade que o Shopping Iguatemi pretendia manter.

Assim, o CADE concluiu pela configuração de infração à ordem econômica no referido caso, condenando o Shopping Iguatemi, tendo em vista a cláusula de exclusividade nos contratos de locação dos lojistas de marcas de grife impedia ou dificultava substancialmente o funcionamento de shopping centers concorrentes, posto que os privava do acesso a determinadas lojas fundamentais para a formação de um *tenant mix*[17] capaz de competir no mercado.

---

17. . Consiste no plano de determinação da localização das lojas e pontos de venda

A partir desta decisão, então, o CADE definiu alguns parâmetros para analisar a admissibilidade de cláusulas de exclusividade impostas por agentes com significativo poder de mercado, quais sejam: (a) quando puder ser demonstrado que o shopping realizou investimentos que, de fato, alavancaram o nome da loja a um patamar superior ao que ela pertencia antes do contrato de exclusividade; (b) deve ser demonstrado que não seria possível alcançar os mesmos objetivos pretendidos, designadamente o retorno dos investimentos efetuados, adotando medidas menos restritivas para a concorrência que as cláusulas de exclusividade; e (c) deve ser demonstrado que a exclusividade foi imposta tão somente pelo tempo necessário para o retorno do investimento realizado pelo shopping.

Adicionalmente, fala-se sobre o caso que teve início com a representação feita pela Fesempre – Federação Interestadual dos Servidores Públicos dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá e outros, ficando conhecido como o "Caso dos créditos consignados". Nesta ocasião, o Banco do Brasil utilizou o seu poder econômico, bem como a sua posição dominante, para adquirir a folha de pagamento de diversos entes da federação. A partir disso, impôs exclusividade nos contratos de fornecimento de crédito consignado a servidores públicos, o que, na visão do CADE, fez com que o referido banco passasse a ser monopolista nos mercados em que celebrou contratos pelas folhas de pagamento.

De acordo com a decisão do CADE, a exclusividade imposta pelo Banco do Brasil representou intransponível barreira à entrada de concorrentes, uma vez que, embora houvesse diversos bancos e financeiras dispostos a conceder crédito consignado aos servidores públicos, tais agentes econômicos ficaram impossibilitados de disputar no mercado. Assim, con-

---

de um determinado shopping, o qual terá como base as chamadas lojas âncora, funcionam como ponto magnético da clientela.

sequentemente, tal prática revelou-se altamente prejudicial ao consumidor, no caso, aos servidores públicos, visto que impossibilitou que estes buscassem o agente econômico que lhes fizesse a melhor oferta.

Por fim, outro caso que ganhou grande repercussão foi o chamado "Caso Sportv". Nesta situação, a Associação Neo TV, que congregava operadoras de televisão por assinatura, representou contra a Globopar, em razão da recusa de comercialização dos canais Sportvs às operadoras que não eram filiadas ao sistema NET das Organizações Globo. Segundo a Neo TV, a referida prática representava uma barreira intransponível ao acesso de novos agentes no mercado e inviabilizava a permanência dos concorrentes já existentes, tendo em vista que a Globopar detinha o monopólio a partir do controle de licenciamento para transmissão de jogos e campeonatos.

Neste sentido, a Globopar estaria restringindo o acesso à informação e aos bens culturais não por um processo natural ou por sua própria eficiência, mas por meio de condições privilegiadas na competição, poderio econômico e sucessivos processos de concentração econômica. A SDE (Secretaria de Defesa Econômica), assim, concluiu que a exclusividade em favor das operadoras do sistema NET representava prejuízos efetivos aos consumidores, determinando que tais canais deveriam ser exibidos em condições não discriminatórias a todas as operadoras de televisão por assinatura, a fim de reestabelecer o equilíbrio concorrencial do mercado.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, fica claro que, na análise das restrições verticais exclusionárias, a legalidade *per se* é tão inadequada quanto o seu oposto, a ilegalidade *per se*, posto que é necessário promover uma análise baseada nos efeitos das con-

dutas. Assim, por meio da regra da razão, deve-se contrapor os ganhos de eficiência gerados pela conduta, bem como os seus prejuízos anticoncorrenciais para, assim, definir o efeito líquido da restrição.

Desta forma, pode-se concluir que o principal requisito para a caracterização de uma cláusula de exclusividade como ilegal é a existência de poder de mercado, uma vez que existe alta probabilidade de que o agente mais forte do mercado prejudique a concorrência, promovendo o fechamento do mercado, motivo pelo qual as autoridades antitruste tendem a manter vigilância constante sobre os agentes que possuem posição dominante.

Além disso, configura-se como importante requisito o caráter prejudicial da conduta aos competidores do agente, de modo que quando a exclusividade representa uma barreira intransponível aos concorrentes, impedindo a entrada de novos competidores ou aumentando substancialmente os custos dos agentes já estabelecidos, estará configurado o efeito anticoncorrencial da exclusividade, bem como o seu caráter ilícito.

Com efeito, para ser considerada ilícita, é necessário, ainda, que a conduta exclusionária não seja justificável ou que a sua justificativa não seja suficiente, de modo que, mesmo que produza ganhos de eficiência, a conduta deverá trazer mais prejuízos do que potenciais eficiências.

Assim, quando um agente econômico possui poder suficiente para alterar o livre funcionamento do mercado, alterando preços e qualidade do produto ou serviço, influenciando diretamente no funcionamento dos seus rivais e, sobretudo, restringindo ou limitando a concorrência, a exclusividade restará, enfim, configurada como uma infração à ordem econômica.

BIBLIOGRAFIA

MOTTA, M.; SALGADO, L. H. Restrições verticais e fusões verticais. In:______. Política de Concorrência: Teoria e

prática e sua aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 159-190.

FORGIONI, P. A. Acordos entre agentes econômicos. In: FORGIONI, P. A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 332-392.

GARCIA, A. P. P.; SILVA, L. N. Restrições Verticais exclusionárias e descontos de exclusividade: A busca por um padrão probatório. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, vol. 24, p. 105, 2013.

FRANCESCHINI, J. I. G.; BAGNOLI, V. Condutas Anticoncorrenciais. In: Modesto Carvalhosa (Coord.). Tratado de Direito Empresarial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. vol. 7, p. 341-592.

NEGÓCIOS JURÍDICOS IMOBILIÁRIOS - PROVIDÊNCIAS E CAUTELAS PARA AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS

Ana Paula Domingues Garcia

INTRODUÇÃO

Sem dúvida o tema desperta interesse, pois neste trabalho abordo o tipo de contrato mais realizado entre as pessoas, o contrato de compra e venda, bem como ser considerada a compra do imóvel um investimento. O presente estudo tem por objetivo analisar e mostrar a necessidade de tomar várias medidas antes da assinatura do contrato de compra e venda, como medida preventiva. Trago, também, exemplos concretos de fraude neste tipo de contrato, visando dissipar o imóvel e causar prejuízo aos credores.

Em momento certo mostro situações de compra e venda que não podem ocorrer em razão da relação existente entre comprador e vendedor. Elenco os custos para realizar a transferência de propriedade e por fim trago os princípios e objetivos da Lei nº. 13.097/15. (BRASIL, 2015a).

O objetivo geral desse trabalho é mostrar a necessidade de pesquisas perante cartório de Registro de Imóveis, e sites jurídi-

cos no âmbito da residência do vendedor e local da situação do imóvel. Com a edição da Lei nº. 13.097/15 verifico se foram obtidos avanços importantes e o que mudou com a edição desta lei.

Sem dúvida o tema desperta interesse, pois é debatido constantemente nas áreas do Direito englobando não somente a área cível, mas também o direito penal e gera questionamentos sobre um novo sistema mais avançado de cooperação, menos burocrático, com menores custos e mais eficaz. Em razão destes motivos trouxe a necessidade da "concentração *de todos os dados nas matrículas dos imóveis*" junto aos Cartórios de Registro de Imóveis, e a Medida Provisória nº. 656/2014 foi convertida, no mês de janeiro deste ano, na Lei nº. 13.097/15 apelidada de Lei da Concentração.

O presente artigo foi elaborando de forma objetiva desta forma, foi dividido em capítulos e subcapítulos com a finalidade de melhor entender o instituto da compra e venda.

1. AQUISIÇÃO DO PRIMEIRO IMÓVEL

Para milhares de pessoas a compra de um imóvel é simplesmente a aquisição mais importante de suas vidas.

Analisando sob a ótica atual existem muitos indivíduos que ainda não possuem uma estabilidade financeira nem mesmo idéias certas, tais como, se pretende casar ou não; casais indecisos quanto ao assunto filhos; dúvidas quanto a trabalhar na iniciativa privada ou ser funcionário público. Estes citados exemplos ou outro motivo relevante podem retardar a compra de um imóvel.

Porém, caso a pessoa já tenha um valor de entrada considerável e queira aproveitar o momento continua sendo a compra de imóvel um bom investimento, desde que observadas certas dicas, tais como:

1) Avaliar se a área onde está localizado o imóvel é uma área valorizada; pois esta análise facilitará a venda mais

adiante do imóvel garantindo um bom retorno financeiro. Circule nos arredores do bairro para saber as distâncias a serem percorridas para encontrar uma padaria, açougue, supermercados, farmácia, salão de beleza, centro de compras, parque, escolas, hospital, shoppings.

2) Verificar se o imóvel almejado fica localizado perto do local de trabalho do comprador e membros da família.

3) Outro ponto a ser discutido e analisado pelo comprador do imóvel é o valor dispensado com móveis planejados e decoração, pois o dinheiro desembolsado com este trabalho não agrega valor ao imóvel. E muitas vezes o vendedor quer exigir valor acima do valor de mercado em razão de móveis que guarnecem a residência e que não é de agrado do comprador.

4) O comprador entusiasmado também deverá considerar os custos de uma compra e venda de imóvel: não é só o valor anunciado no jornal ou no site que deve ser levado em conta, mas também os custos que envolve o negócio jurídico tais como impostos, taxas e emolumentos, pois quem paga é o comprador, salvo disposto em contrário.

2. CUSTOS PARA TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS *INTER-VIVOS*

São eles: ITBI - Imposto de transmissão de imóveis urbanos: imposto municipal elencado no art. 156 da Constituição Federal e artigos 35 ao 42 do Código Tributário Nacional, cujo fato gerador é sempre a transmissão da propriedade imobiliária por ato oneroso, a ser pago perante a prefeitura. (PORTAL TRIBUTÁRIO, 2016). Normalmente os Municípios cobram o equivalente a 4% do valor venal ou sobre o valor de transmissão, prevalecendo o valor maior, sempre.

Além do ITBI, o comprador também pagará pelo custo da Escritura Definitiva de Venda e Compra, caso pague o preço

do imóvel perante a incorporadora com recursos próprios. Do contrário, se financiar, pagará a taxa de escritura para o Banco de sua preferência, responsável pelos trâmites do Contrato de Financiamento. (BOSCARDIN, 2015).

Para transferência de imóveis com valores acima de 30 salários mínimos faz se necessário a lavratura de escritura pública por um Tabelião de Notas, ou seja, imóveis com valores relativamente alto apenas o contrato de promessa de compra e venda não serve para registro e efetiva transferência da propriedade do vendedor para o comprador.

Também deverá pagar os emolumentos cartorários perante o Registro de Imóveis, ao solicitar a averbação do Contrato de Financiamento ou Escritura Definitiva de Venda e Compra na matrícula individualizada do imóvel.

O contrato de promessa de compra e venda gera direitos obrigacionais para as partes. É um pré-contrato bilateral, cujo objeto é uma obrigação de fazer do promitente vendedor, que se obriga a outorgar a escritura quando receber todo o preço convencionado. Este documento não exige a escritura pública, embora possa também utilizar essa forma facultativamente, a fim de tornar a compra pública e evitar reclamações de terceiros interessados.

3. OUTRAS CAUTELAS: REGISTRO

A lei não traz um prazo para registro do contrato de compra e venda e da escritura no Cartório de Registro de Imóveis, porém a ausência do registro famoso “contrato de gaveta”, não gera direitos reais, ou direitos imobiliários, pois como já mencionado só é dono do imóvel quem registra.

Para lavrar essa escritura o tabelião exige a cópia atualizada da matrícula, os documentos pessoais dos vendedores e compradores e, além disso, o comprovante do valor venal – último carnê do Imposto Predial.

Nesse sentido, enquanto não procede ao registro da sua escritura o adquirente possui apenas um direito pessoal, não oponível contra terceiros.

A ausência de registro ocasiona inconvenientes também para o vendedor. O registro livra o vendedor da obrigação de pagar dívidas relativas ao imóvel como IPTU, taxas condominiais, sendo um interesse seu o registro da escritura pública ou do contrato de promessa de compra e venda a depender do caso. Lembrando que ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição, podendo as partes dispor de modo diverso.

No caso do IPTU com a ausência de registro não terá outra alternativa ao vendedor senão sofrer a ação, já que o município somente aceita a modificação do cadastro com a apresentação da escritura devidamente registrada. Assim, enquanto não se altera o cadastro municipal, o proprietário continua sendo o responsável tributário. Já nos casos de despesas de condomínio se não houver ainda o registro da aquisição ou do compromisso, relevante se faz que o condomínio tenha conhecimento, como, por exemplo, através de uma notificação, da condição do novo titular.

3.1 QUEM REGISTRA PODE NÃO SER O DONO

No caso de bens imóveis, a transferência do domínio somente se opera com o registro do título aquisitivo no Oficial de Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária competente (Lei n. 6015/73, art. 167), corolário dos arts. 1.245 e 1.267 do Código Civil brasileiro. Trata-se, no caso, de tradição solene. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Antes disso o alienante continua a ser dono do imóvel. (BRASIL, 1973).

Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cance-

lamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel, conforme o Art. 1245, &2 do Código Civil.

Portanto, antes de registrar o título e adquirir o direito real, o credor possui apenas um direito pessoal, independentemente da posse. Assim o adquirente de imóvel, que se encontra locado, não pode exigir os aluguéis a partir da data do contrato se ainda não houve o registro da escritura pública no Registro de Imóveis. Neste caso o imóvel é ainda do vendedor e ora locador, tendo o direito de receber os aluguéis.

Segue abaixo um julgado que anulou negócio jurídico envolvendo imóvel em razão do cedente ser falecido na data da cessão ao depois mencionada na escritura:

> Anulação de escritura pública – Ação procedente – Inocorrência de alegado cerceamento de defesa – Revelada a eiva de vício insanável em relação ao compromisso de cessão de direitos mencionado em escritura pública – Direito de retenção sobre construções afastado ante a não comprovação de que o imóvel tenha sido adquirido de boa-fé – Recurso improvido (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 50.082-4 - São Paulo - 9ª Câmara de Direito Privado - Relator: Silva Rico - 11.08.98 - V. U.).

Há uma diferença no modo de aquisição originário do modo de aquisição derivado. Neste ultimo caso depende da validade do ato jurídico precedente. Neste caso a propriedade é transmitida com os mesmos atributos, limitações e vícios que sobre ela recaiam. (SCAVONE JUNIOR, 2015).

No caso concreto é a existência de ato de aquisição de propriedade derivado, proveniente, em tese, da transmissão por escritura pública. Em resumo a transferência de bem imóvel ocorreu através de escritura pública em cumprimento de direi-

to pessoal emanado de compromisso particular de cessão de direitos celebrado quando o cedente dos direitos sobre o bem imóvel já havia falecido há muito.

Frisa se que os registros gozam de presunção de veracidade (art. 1.245, § 2°, do Código Civil), contudo essa presunção é relativa *(juris tantum)*.

No pertinente caso os adquirentes do bem imóvel são considerados proprietários na exata medida do registro do título aquisitivo e até a demonstração do contrário, o que logrou fazer a autora nos termos do art. 1.247 do Código Civil, que assim dispõe: *"Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule".* (BRASIL, 2007).

Numa breve comparação o Brasil adota um meio termo sendo o domínio imobiliário adquirido pelo registro. Porém, trata-se de presunção relativa, suscetível de demonstração em sentido contrário. Já no sistema francês, por outro lado, o domínio é transferido pelo contrato. Nesse caso, o registro serve apenas de publicidade para o ato, não significando a aquisição do direito.

Para Scavone Junior (2015b) no caso em tela o ato é inexistente eis que o ato de transmissão que gerou o registro é inexistente, afirmação que se faz na exata medida em que o defunto não podia praticar qualquer ato jurídico, posto que não existia mais como pessoa natural. O acórdão, porém, referiu-se à anulação e não a inexistência.

Pode se afirmar com convicção a idéia da presunção relativa de titularidade de direitos reais emanada do registro do título executivo. Conclui se assim que o indivíduo que não registra não é dono e quem registra pode não ser.

4. A MATRÍCULA DO IMÓVEL

Com a matrícula atualizada em mãos, a qual possui validade de 30 (trinta) dias, será possível analisar com exatidão

se determinado imóvel pode ser objeto de compra e venda, pois através dela é possível ter conhecimento do (a):

1) descrição do imóvel: onde está localizado, cidade, bairro, metragem, as características, quem são os confrontantes;

2) logo em seguida vêm os registros e as averbações (rol taxativo art. 167 da Lei n. 6.015/73): são atos que podem ser registrados na matrícula do imóvel como o registro da instituição de bem de família; registro das hipotecas legais, judiciais e convencionais; das convenções antenupciais; averbação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, bem como da constituição de fideicomisso; etc

3) o atual e último proprietário do imóvel, ou seja, será possível saber se o conhecido vendedor é realmente o dono daquele imóvel, pois pode tratar-se de um mero possuidor do imóvel e não ser o legítimo dono. Caso seja imóvel usado necessário verificar na matrícula a cadeia sucessora deste imóvel.

Mister se faz relembrar que muitos negócios envolvendo imóveis são feitos através de procuradores. Necessário verificar a princípio se a procuração é verdadeira e se está formalmente em ordem. Ademais a lei exige que a procuração tenha a mesma forma do negócio a ser concluído.

> Art. 657 – A outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado. Não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito. (BRASIL, 2007).

4) o estado civil do proprietário, pois se casado for imprescindível a outorga uxória ou marital, ainda que o imóvel seja exclusivo do cônjuge vendedor, exceto no regime da separação absoluta de bens.

O artigo 828 do Novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de gravar na matrícula do imóvel possíveis execuções que o proprietário esteja já sofrendo no Poder Judiciário. Esta averbação, contudo, não inviabiliza o imóvel para a venda, porém trata-se de uma compra arriscada visto que o vendedor possui dívidas e pode estar lapidando o seu patrimônio com o fito de não pagá-las. (má-fé). (BRASIL, 2015).

4.1 CLÁUSULAS DE INCOMUNICABILIDADE E INALIENABILIDADE

A inalienabilidade decorrente da vontade somente pode ser imposta em atos de liberalidade (testamento ou doação), ou seja, quando o testador ou doador assim determinam no testamento ou no instrumento de doação. Não se pode, portanto, estabelecer a cláusula de inalienabilidade pura e simplesmente num contrato de compra e venda ou pelo próprio proprietário, exceção feita ao bem de família previsto no Código Civil (BRASIL, 2007, art. 1711). Se o donatário, ou o herdeiro, aceita a doação ou herança com mencionadas restrições, deverá observá-la pelo período estabelecido na cláusula.

A justa causa para restrição do imóvel deve ser justa, verdadeira, já que a restrição é exceção. Seguindo o raciocínio não pode haver restrição de inalienabilidade sobre a parte indisponível (legítima) da herança, mas sim, tão somente, na parte disponível em que o autor da herança pode dispor da forma que lhe convir. A cláusula de inalienabilidade pode prever tempo determinado para duração ou ser vitalícia. Porém, não pode ultrapassar a vida do herdeiro. O óbito do herdeiro automaticamente faz desaparecer a restrição.

Se um bem é inalienável, significa dizer que também é impenhorável e incomunicável, mesmo que essas duas últimas cláusulas sejam omitidas – art. 1911, *caput*, do CC. (BRASIL, 2007).

Questão importante diz respeito aos frutos ou rendimentos dos bens impenhoráveis. A dúvida estaria se esses frutos podem ser alcançados pelos credores. Normalmente, os bens acessórios seguem a sorte do principal. Nesse caso, no entanto, o art. 650 do CPC, com a redação dada pela lei 11.383 de 6/12/2006, admite a penhora de frutos e rendimentos de bens impenhoráveis, sob duas condições: não existir outros passíveis de penhora e exceto se destinados à satisfação de prestação alimentícia.

Já a cláusula de incomunicabilidade, que também decorre da inalienabilidade, impede que o bem entre na comunhão em razão de casamento, união estável ou união homoafetiva, independentemente do regime adotado para a união. Significa dizer, o bem integrará sempre o patrimônio particular do cônjuge/companheiro beneficiário.

O fato de um bem ser incomunicável não quer dizer que seja inalienável ou impenhorável. Apenas a inalienabilidade constitui cláusula que abrange as demais restrições. O inverso não é verdadeiro.

5. CERTIDÕES

Outra precaução a ser tomada pelo comprador será averiguar as dívidas de IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano) do imóvel, pois pode ser que já exista até mesmo uma ação de execução fiscal tramitando na justiça em face do proprietário. Se for apartamento, ou casa em condomínio, deverá o adquirente verificar a quitação de taxas condominiais, pois como são obrigações *propter rem* quem comprar vai assumir essas dívidas, pois estas acompanham o imóvel. Assim, tão importante e necessário verificar as dívidas do proprietário, como também as dívidas que recaem sobre o imóvel.

Reforça se então a necessidade do comprador de solicitar certidões negativas do proprietário a fim de averiguar sua situa-

ção financeira, pois ele já pode estar figurando como reclamado numa ação trabalhista ou réu em ação cível, como uma ação de divórcio, correndo se o risco de ser desfeito a venda do seu almejado imóvel para posterior penhora. A negativa do vendedor em providenciar as referidas certidões configurar-se má-fé.

6. CAUTELAS

O pagamento do imóvel deve ser em dinheiro ou se em dinheiro mais bem móvel (veículos) a maior parte deve ser pago em dinheiro, sob pena de configurar uma permuta e não um contrato de compra e venda.

O preço ainda deve ser certo, certo/determinado ou determinável, ou seja, passível de determinação por critérios já definidos – artigos 486 e 487 do Código Civil. (BRASIL, 2007). Desta forma, não se admite a compra e venda cujo preço esteja indeterminado. Ainda neste assunto o código proíbe a definição do preço somente ao arbítrio de uma das partes, como por exemplo pelo vendedor. As partes podem deixar a definição do preço ao árbitro de um terceiro (corretor de imóveis) ou avaliador.

Outra cautela de relevante importância é a necessidade de procurar com antecedência um advogado (a) para realizar o contrato de promessa de compra e venda, pois este profissional tem capacidade técnica para verificar a situação e peculiaridades de cada caso concreto, bem como possui conhecimento das cláusulas que devem constar no respectivo contrato, como por exemplo, uma cláusula referindo se ao instituto da retrovenda, se necessário. Segue a definição que consta definida na Lei n. 10.406/02:

> Art. 505 – o vendedor de coisa imóvel *pode reservar-se o direito de recobrá-la no* prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive

> as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias. (BRASIL, 2002).

Desta forma, o advogado estuda a estrutura que deve conter um bom contrato, analisa toda documentação necessária para realização do contrato e fechamento do negócio, visando sempre minimizar ou até mesmo evitar os riscos provenientes de um negócio jurídico.

Continuando na discussão das cautelas, merece atenção a verificação na matrícula do imóvel de registro de penhora do imóvel, de registro de distribuição de uma execução, ou a existência de cláusula resolúvel. Essas cláusulas restringem a venda.

Frise-se que a ausência de registro da penhora não afasta automaticamente a ausência de fraude, sendo possível provar a má-fé por outros meios, como por exemplo, se na análise do caso concreto verificar que não houve cautela do adquirente em providenciar certidões do alienante na comarca de seu domicílio e no local do imóvel.

Saliento, em síntese, a importância diante de uma compra e venda de se conhecer a solvência do vendedor, pois se está pendente processo de execução contra ele, prestes está de ser declarada sua insolvência. Se o imóvel que ele está a vender for o único imóvel que possui, considerado pela lei como bem de família, a venda pode ainda ser desfeita, desde que verificada má-fé do vendedor com intuito de causar fraude contra seus credores ou fraude à execução

O adquirente deve providenciar todas as certidões referentes à pessoa do vendedor na comarca onde este reside e no local do imóvel caso sejam locais diferentes. Se o adquirente demonstrar que estava de boa fé, que tomou todas as providências necessárias, que as certidões eram negativas, então não perderá o

imóvel, pois ausente o requisito do *consilium fraudis. (*AgRg no Agravo de Instrumento n. 929.630 – SP 2007/0174549-8).

7. CASOS ESPECIAIS DE COMPRA E VENDA

Seguem abaixo os casos especiais de compra e venda de imóvel que merecem especial atenção:

O falido como vendedor de imóvel. Neste caso o juiz precisa autorizar a venda do imóvel, e o dinheiro obtido na venda reverterá para a massa falida e não para o falido, já que este perde a administração dos bens. (GARCIA, 2017).

Outra hipótese é a venda realizada por incapaz. A lei exige que ele deve estar assistido ou representado por uma terceira pessoa para realizar o negócio jurídico, capaz de auxiliá-lo a detectar potencias riscos de uma transação. Essa venda também precisa ser autorizada pelo juiz de direito, que vai verificar o benefício do negócio para o incapaz. (GARCIA, 2017). Autorizada a venda o dinheiro vai integrar o patrimônio do incapaz.

Mais uma venda que merece ser mencionada é a venda de bem imóvel de ascendente para descendente, para a qual deve ter concordância dos demais descendentes, caso houver e do cônjuge (exceto no regime da separação total de bens), sob pena de anulação desta venda pelo descendente (s) que não foi consultado ou se consultado não concordou com a venda. O discordante então tem 02 (dois) anos para pedir a anulação, caso possua interesse. Depois de 02 (dois) anos da conclusão do negócio a venda então se tornará plenamente válida. (GARCIA, 2017).

No artigo 497 inciso I, do Código Civil (BRASIL, 2002), é elencada a hipótese do tutor, o qual não pode comprar os bens do tutelado, pois ele gere os bens deste último. O tutor na condição de comprador poderia conflitar com os interesses do tutelado como querer a venda por um preço mais baixo que o valor

realmente aceito, ou mesmo estando o preço adequado, o bem objeto do negócio poderá fazer falta para o sustento do tutelado, pois rendia dinheiro de locação. (BRASIL, 2002).

Mais uma situação é o proprietário de imóvel que faleceu e ainda consta pendente inventário. Neste caso não pode ser realizada a venda deste imóvel, enquanto não for finalizado o inventário com o devido formal de partilha. Somente com o formal de partilha e seu registro no cartório de Registro de Imóveis é que se sabe o atual proprietário ou coproprietários.

A venda de imóvel pode ocorrer antes da finalização do inventário somente quando autorizada pelo Juiz de direito, como por exemplo, na hipótese de ser necessária a venda para quitação dos impostos pertinentes, como o ITCMD (Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação).

Outra restrição mencionada no inciso III do art. 497 diz respeito ao Juiz de direito, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, que não podem comprar os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade, pois poderão exercer influência no valor do imóvel em troca de uma decisão favorável, por exemplo. (BRASIL, 2002). Lembrando que não podem adquirir, ainda que em hasta pública, os servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta.

7.1 VENDEDOR EMPRESÁRIO

Passamos a atenção para a figura do vendedor empresário. Comprar imóveis de empresário é uma situação arriscada, quando ele estiver sujeito à falência. Mesmo que no momento da aquisição nada seja apontado nas certidões, o adquirente corre o risco de o negócio não dar certo.

Explicando melhor o caso ilustrado acima, caso venha o empresário a falir algum tempo depois, a venda será judicialmente desconsiderada e o imóvel, como patrimônio do falido, integrará a massa falida. Isso ocorre devido um lapso de tempo chamado "período suspeito" ou "termo legal da falência", contado retroativamente da data da decretação da falência. Essa data é determinada pelo primeiro protesto em face do empresário, retroagindo até 90 (noventa) dias a partir dessa data (Lei 11.101/2005, art. 99, II).

Percebe se que é um risco a aquisição de imóvel de empresário mesmo que certidões forem providenciadas e nada apontar, visto que se o empresário for protestado no período suspeito, ainda que seguinte à aquisição, que se da pelo registro do título aquisitivo junto ao oficial de Registro de Imóveis da circunscrição imobiliária competente, o imóvel integrará a massa falida em razão do mencionado termo legal da falência. (SCAVONE JUNIOR, 2015).

Assim, trata-se de um risco o negócio jurídico realizado com um vendedor de imóveis quando este for também um empresário, ou sócio de empresa, pois ele pode ocultar sua condição de empresário. Ou mesmo se não ocultar, poderá ter protesto (s) nos noventa dias seguintes ao negócio.

8. AÇÃO PAULIANA

A ação pauliana, ou ação revocatória, que consiste numa ação pessoal movida por credores com intenção de anular negócio jurídico feito por devedores insolventes com bens que seriam usados para pagamento da dívida numa existente ação de execução, será procedente quando presentes um ou mais dos seguintes indícios:

✔ Insolvência evidente: certidões positivas de protestos, execuções. O adquirente que estiver ciente des-

tas certidões e mesmo assim insistir na compra poderá ser considerado comprador (terceiro) de má-fé.

✔ Os bens alienados continuam na posse do devedor, ou seja, vendedor e comprador simulam uma compra e venda para que o imóvel não responda pela dívida. O código civil reza que o negocio jurídico simulado é nulo, o que pode gerar sérios transtornos para o adquirente.

✔ Vendedor que deve na praça e o adquirente são parentes.

✔ Preço da venda for vil. Significa que o preço do imóvel é muito inferior ao seu valor de mercado. Se o preço fosse vendido pelo valor de mercado não haveria problemas para os credores, isso se o dinheiro, que substituiu o imóvel, permanecer com o devedor, o que normalmente não ocorre.

9. AQUISIÇÃO DE IMÓVEIS EM CONSTRUÇÃO OU DE INCORPORADORAS: CAUTELAS E PROVIDÊNCIAS

Lembremos agora da compra de imóveis em construção. Segue alguns cuidados jurídicos visando uma regular compra deste tipo de imóveis, tais como:

a) A verificação da experiência e idoneidade da incorporadora. Muitos problemas poderiam ter sido evitados mediante uma simples extração de certidões, ou uma pesquisa nos sites dos tribunais. Visitar outros imóveis já construídos pelo vendedor é uma boa recomendação. Uma verificação no órgão de proteção do consumidor, bem como a extração de certidões que apontem

a quantidade e o tipo de ações em face dessa construtora é um bom indicativo. O intuito é conhecer de quem se está comprando. Ex: a construtora pode estar respondendo a diversas ações na Justiça sobre qualidade dos imóveis que constrói.

b) Evitar assinar o contrato sem ler. Outra dica é evitar assinar o contrato de compra e venda (ou qualquer outro documento) direto no *stand* de vendas, sem anterior consulta de um advogado especializado no ramo imobiliário. Frisa-se a importância da necessidade de verificar se todas as cláusulas estão de acordo com o acordado entre as partes.

c) Medir a obra. Dependendo do estágio da obra, um bom cuidado é medir o imóvel porque é mais comum do que se pensa a planta apresentar uma medida e o imóvel apresentar outra.

d) Conferir a forma de reajuste das parcelas. Alguns índices internos de reajuste (como o CUB, SINDUSCON, ICC/FGV entre outros) possuem uma alta no mês de reajuste dos salários dos empregados da construção civil que não podem ser repassados ao comprador do imóvel. Mesmo quando se tratar de outros índices (como o INCC) muitas vezes o reajuste é feito ilegalmente, como por exemplo, no caso de reajuste mensal em contratos menores de 36 meses (art. 46 da Lei 10.931/04).

e) Somar o total a ser pago. Analisar somente o valor da parcela é uma ingenuidade financeira muito comum. Verifique sempre o total a ser gasto e fique atento com a ilegalidade da aplicação da tabela Price, que muitas vezes é utilizada para as parcelas após a entrega das chaves aumentando extraordinariamente o valor do imóvel. Por este fato, procure pagar a maior parte durante a construção da obra.

f) Verificar se existem "acessórios". É importante também analisar se o valor do imóvel no contrato corresponde ao imóvel completo. Existem contratos em que o piso, alguns equi-

pamentos, elevadores etc., são cobrados à parte e não constam do memorial descritivo. Pergunte ao corretor sobre estes detalhes para não ter que pagar a mais por estes "acessórios" tão importantes. (FREITAS, 2016).

g) prazos de início e entrega da obra deverão estar explicitados, assim como a multa por atraso na entrega. Se a construtora não respeitar o prazo ou não iniciar a construção na data prevista, havendo a previsão dessas datas, o comprador poderá pleitear a resolução do contrato por inadimplemento e/ou exigir perdas e danos.

h) Observar a possibilidade de transferência para terceiros dos direitos e obrigações do contrato e o eventual valor cobrado para tanto.

Cada contrato de compra e venda é um contrato diferente, que envolve negociações diferentes, devendo evitar contratos com modelo padrão. Existem várias situações: contratos em que o vendedor promete deixar mobília no imóvel, ou que promete ter determinada decoração ou determinado layout, tempo para início e término da execução de eventual obra, prazo para entrega do imóvel, dentre outras situações e particularidades que são negociadas e prometidas. Nestes casos deve haver menção expressa no contrato.

Assim, tudo o que for oferecido, informado em eventuais materiais publicitários ou prometido pelas partes deve constar por escrito no contrato, caso contrário ficará prejudicada a cobrança da execução de algo que não conste no contrato e que seja de difícil comprovação.

> [...]
>
> Cuide para que conste assinatura de duas testemunhas, preferencialmente uma de cada parte (vende-

> dor e comprador) no contrato bem como que este seja registrado e averbado no Ofício de Registro de Imóveis após a assinatura. (LAGE, 2016).

Além da multa por atraso na entrega do imóvel e das chaves, deve constar no contrato multa por atraso no pagamento e por desistência na compra e venda. Cuidado com as cláusulas abusivas, como, por exemplo, permissão de atraso por mais de seis meses na entrega, ou multas por desistência com retenção do valor já pago em mais de 30%. (LAGE, 2016). Relembrando que a multa por atraso no pagamento das parcelas não poderá exceder a 2%. A cláusula penal compensatória prevista para o total inadimplemento não pode ser muito gravosa para o cliente.

A autora destaca ainda sobre a importância de realizar um *check-list*, incluindo itens como: verificar se constam todas as informações sobre eventuais áreas privativas, medidas e existência de vagas de garagem. Se a vaga de garagem incorpora ou não o imóvel. Tudo isso deve estar de forma expressa e clara no contrato.

Mister conferir se a incorporação está regular com toda a documentação do empreendimento, tais como: certidões negativas de débitos tributários e previdenciários, minuta da futura convenção de condomínio, aprovação do projeto de construção do empreendimento pelas autoridades competentes, memorial descritivo das especificações da obra, dentre outros, perante o Ofício de Registro de Imóveis competente, conforme número de registro informado no contrato.

Em caso de realização de financiamento, verifique se consta cláusula de devolução do valor já pago em caso de não aprovação do mesmo e ainda eventuais taxas de juros, sistema de amortização, prazos, documentação exigida, dentre outras necessárias e acordadas. (LAGE, 2016).

10. LEI Nº. 13.097/15: OBJETIVO E PRINCÍPIO

Na louvável tentativa de trazer maior segurança jurídica às relações imobiliárias, reduzindo drasticamente a assimetria e dispersão das informações relativas aos imóveis e partes envolvidas numa negociação (proprietários, notadamente) e, ainda, encampando o "*princípio da concentração de todos os dados nas matrículas dos imóveis*" junto aos Cartórios de Registro de Imóveis, a Medida Provisória nº. 656/2014 foi convertida na Lei nº. 13.097/15 apelidada de Lei da Concentração. (ANTUNES, 2016).

O almejado é que nos seus mandamentos atinentes à concentração de todas as informações relativas ao imóvel e ao vendedor na matrícula de imóveis permita a reunião de fontes fidedignas de informação sobre a sua real condição jurídica, evitando-se negócios nulos ou anuláveis. (ANTUNES, 2016).

Trata-se de procedimento que contribuirá decisivamente para aumento da segurança jurídica dos negócios, assim como para desburocratização dos procedimentos dos negócios imobiliários, em geral, e da concessão de crédito, em particular, além de redução de custos e celeridade dos negócios, pois, num único instrumento (matrícula), o interessado terá acesso a todas as informações que possam atingir o imóvel, circunstância que dispensaria a busca e o exame de um sem número de certidões e, principalmente, afastaria o potencial risco de atos de constrição oriundos de ações que tramitem em comarcas distintas da situação do imóvel e do domicílio das partes. (MANTEGA *et al.* 2014 apud ANTUNES, 2016).

Com a vigência da atual Lei, o que se espera é que uma maior concentração de inúmeras informações relativas ao imóvel e/ou ao seu proprietário (por exemplo, ações que possam reduzir o proprietário à insolvência), realmente aconteça, averbando-as na própria matrícula do bem, o que fatalmente asse-

gurará, em grande parte, as futuras transações. As informações mais importantes neste sentido foram introduzidas no art. 54, que determina:

> Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:
>
> I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias; II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015a).

No parágrafo único do art. 54, determina que não poderão ser opostas, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis. Ressalva, contudo, *o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da*

propriedade que independam de registro de título de imóvel, a exemplo do usucapião. (SCAVONE JUNIOR, 2015a).

Do mesmo modo, quanto aos créditos fiscais não há dispensa de análise das certidões fiscais, podendo acontecer, por exemplo, uma fraude em decorrência de alienação de bem a partir de sua inscrição na dívida ativa (vide, por exemplo, o que determina o art. 59 da Lei nº 13.097/2015. (ANTUNES, 2016).

Desta forma, a par do art. 54 da Lei nº 13.097/2015 estabelecer a eficácia dos negócios jurídicos imobiliários sem que haja qualquer constrição ou gravame na matrícula, esta presunção, porém, como já decorria do sistema consolidado na Súmula 375 do STJ, é relativa. Caso não haja registro, não significa, automaticamente, que o adquirente está livre tanto da fraude contra credores quanto da fraude à execução.

Não havendo registro de qualquer pendência, a conclusão, aliás, é que o ônus da prova de conhecimento do gravame ou constrição se transfere para o credor ou prejudicado. Isto significa que se presume, de forma relativa, a higidez da transferência, modificação ou extinção do direito sobre o imóvel quando não houver registro ou averbação do gravame ou constrição, mas não significa que não tenha havido fraude contra credores ou fraude à execução.

Desta forma, se não houver registro ou averbação de gravame, a eventual fraude será objeto de verificação fática, caso a caso, pela demonstração, pelo credor ou pelo prejudicado, da má-fé do adquirente.

11. CUIDADO COM O IMÓVEL INTITULADO BEM DE FAMÍLIA. ESTE PODE SER PENHORADO SE DEVEDOR TENTA BURLAR COBRANÇA.

A Advocacia-Geral da União (AGU) afastou, na Justiça Federal, a impenhorabilidade de bem de família por causa do abuso

de direito do devedor. A decisão foi obtida após diversas tentativas de localização de valores para garantir execução fiscal.

Em defesa do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), as procuradorias federais no Tocantins (PF/TO) e junto à autarquia ambiental (PFE/Ibama) conseguiram a penhora de imóvel em nome do executado.

Para reverter a decisão, o devedor acionou a Justiça para que fosse declarada a impenhorabilidade do bem. Alegava que se trata de seu único imóvel e local de residência e, por isso, seria protegido como bem de família.

Entretanto, as unidades da AGU demonstraram que, após a citação na ação de execução, o devedor alienou dois imóveis em 2012 para adquirir somente um, no qual passou a residir para caracterizá-lo como bem de família.

De acordo com as procuradorias, as transações foram realizadas com duas finalidades: impedir sua penhora e não pagar o que lhe é cobrado.

Má-fé

Nessa situação, que alegaram ser de flagrante má-fé e de abuso de direito pelo devedor, os procuradores federais defenderam que deveria ser afastada a proteção legal da impenhorabilidade do bem de família.

A Vara Única da Subseção Judiciária de Gurupi (TO) acolheu os argumentos apresentados pela AGU e manteve a penhora do imóvel. “O executado dissipou seu patrimônio com a indisfarçável finalidade de não pagar o que lhe é cobrado, malferindo o princípio da boa-fé.

Deveria o executado ter quitado a dívida com os valores recebidos quando da venda dos aludidos imóveis. Como não a fez, laborou, nessa ocasião, em fraude, e agora em abuso de direito, devendo o seu alegado bem de família ser penhorado”, destacou.

O magistrado baseou seu entendimento em diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ). "A proteção (do bem de família) não pode ser utilizada para abarcar atos diversos daqueles previstos na Lei 8.009/1990, afastando-se a proteção quando verificada a existência de atos fraudulentos ou constatado o abuso de direito pelo devedor que se furta ao adimplemento da sua dívida, sendo inviável a interpretação da norma sem a observância do princípio da boa-fé", decidiu.

A PF/TO e a PFE/Ibama são unidades da Procuradoria-Geral Federal, órgão da AGU. Ref.: Execução Fiscal nº 1229-39.2011.4.01.4302 – Vara Única da Subseção Judiciária de Gurupi (TO)"

Saliento a importância na compra e venda de conhecer a solvência do vendedor pois se está pendente processo de execução contra ele prestes a ser declarada sua insolvência em ação própria e o imóvel que ele está a vender é o único imóvel considerado pela lei como bem de família. Esta venda poderá ser desfeita se verificado má-fé do vendedor e caracterizada fraude contra credores ou à execução.

Há inúmeros julgados em que a exceção de impenhorabilidade foi julgada improcedente, não reconhecido tendo o bem voltado ao patrimônio do devedor (que ora foi vendedor), não se aplicando mais a Lei. 8009/90 – o bem perde o status de impenhorabilidade

CONCLUSÃO

Fica evidente a importância da publicação da Lei nº. 13.097/2015 a fim de dar mais agilidade e segurança aos negócios imobiliários. Quanto ao bom intuito da lei ninguém duvida, porém permanece o dever de cautela e prudência, traçados neste artigo de forma detalhada. Buscar a reputação do vendedor/comprador e de eventuais corretores e intermediadores,

também é fator primordial no processo da compra. Trata-se de procedimento que contribuirá decisivamente para aumento da segurança jurídica dos negócios.

Conhecer as fraudes que podem ocorrer, os gravames que possam existir e tomando os cuidados necessários dentro do que é solicitado ao homem médio prejuízos financeiros e moral podem ser evitados.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Josiane Wendt. A Lei nº. 13.097/2015 e a documentação imobiliária: insegurança jurídica que persiste. *Jusbrasil,* abr. 2016. Disponível em: <http://ducarmo1.jusbrasil.com.br/artigos/335973644/a-lei-n-13097-2015-e-a-documentacao-imobiliaria-inseguranca-juridica-que-persiste>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BOSCARDIN, Ivan Mercadante. *Cuidados na compra de imóvel*. Dúvidas na aquisição de um imóvel? 2015. Disponível em: <https://ivanmercadante.jusbrasil.com.br/artigos/159611249/cuidados-na-compra-de-imovel>. Acesso em: 27 dez. 2016.

BRASIL. *Código civil e legislação civil em vigor.* Organização Theotonio Negrão, José Roberto Ferreira Gouvêa ; com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli, Vanderlei Arcanjo da Silva. 26. ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/Leis/L6015consolidado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. *Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015a*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm>. Acesso em: 7 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ _ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

http://www.cnbsp.org.br

FERRIANI, Adriano. *As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Civilizalhas/ 94,MI147778,81042As+clausulas+de+inalienabilidade+impenhorabilidade+e>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FREITAS, Dyego de. 10 cuidados jurídicos na compra de imóveis em construção. *Jusbrasil*, out. 2016. Disponível em: <http://dcfreitasdireito.jusbrasil.com.br/artigos/ 393394747/10-cuidados-juridicos-na-compra-de-imoveis-em-construcao/>. Acesso em: 12 jan. 2017.

GARCIA, Ana Paula Domingues. *Casos especiais de compra e venda de imóvel*. 2017. Disponível em: <https://anagarcia-oabdf.jusbrasil.com.br/artigos/417326910/ casos-especiais--de-compra-e-venda-de-imovel/>. Acesso em: 5 fev. 2017.

GONÇALVES, Mariana. *Direito imobiliário*. Disponível em: <http://marianagoncalves.com.br/category/direito-imobiliario/>. Acesso em: 9 jan. 2017.

LAGE, Lorena Muniz e Castro. Cuidados jurídicos necessários na compra e venda de um imóvel. *Folha Nobre*, Rondônia, 8 ago. 2016. Disponível em: <http://folhanobre.com.br/2016/08/08/cuidados-juridicos-necessarios-na-compra-e-venda-de-um-imovel/34169>. Acesso em: 7 jan. 2017.

PORTAL TRIBUTÁRIO. *Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis* (ITBI). 2016. Disponível em: < http://www.portaltributario.com.br/artigos/itbi.htm > . Acesso em: 18 jan. 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Cautelas na compra de imóveis. Nada muda com a Lei 13.097/2015 (MP 656/2014). *Jusbrasil,* jan. 2015a. Disponível em: < https://alice1.jusbrasil.com.br/artigos/168359318/cautelas-na-compra-de-imoveis-nada-muda-com-a-lei-13097-2015-mp-656-2014 > . Acesso em: 7 jan. 2017.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito Imobiliário* – Teoria e Prática. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO

Caroline Romano Pelucio
Giuliana Lopes Simões Romeiro
Paula Fernandes Maschio

INTRODUÇÃO

A partir do método indutivo foi elaborada esta pesquisa, para elucidar através de fatos concretos, do ponto de vista de doutrinadores, de jurisprudências, convenções internacionais e a Legislação Brasileira, partindo do particular para o geral. A indução se trata de um processo mental que parte de dados particulares com a finalidade de buscar a interferência na verdade geral, o método indutivo conduz a conclusões prováveis.

Para utilização deste método primeiramente observa-se os fenômenos, para chegar a descoberta de suas manifestações, em um segundo momento, compara os fatos e os fenômenos buscando uma correlação, para finalmente encontrarmos uma classificação entre a generalização da relação observada. Como, porque e com o que as empresas de transportes aéreos são responsabilizadas civilmente por danos morais e materiais causados aos seus usuários.

A responsabilidade civil é uma reparação de um dano causado por outrem, pode-se dizer que é a restauração do

equilíbrio tanto moral, quanto patrimonial que de certa forma foi violado, a responsabilidade sempre virá após uma violação, de uma obrigação.

Etimologicamente o termo responsabilidade deriva do vocábulo, *respondere, spondeo,* e possui ligação direta com o conceito de obrigação de natureza contratual originária do direito romano, esse conceito vinculava o devedor ao credor por meio de um contrato realizado verbalmente, com perguntas e respostas.

O tema responsabilidade integra o ramo do direito obrigacional, relativo ao dever da conduta humana vinculada ao seu fim, econômico ou social, no caso de descumprimento da obrigação, surgindo o dever de compensar o dano que deu causa.

Entretanto é importante distinguir a obrigação da responsabilidade.

A obrigação é sempre um dever jurídico originário; já a *responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro, Cavalieri Filho (2008, p. 3).*

A responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada – um dever jurídico sucessivo – de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.45)

A Obrigação é um dever jurídico primário, é o compromisso de uma prestação, que caso não seja cumprida se transformará em uma responsabilidade, gerando a pessoa que descumpriu o dever de repara o dano causado ao credor.

Assim conceitua Responsabilidade Civil Maria Helena Diniz (2009, p.34): "Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, da pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal".

Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.21) diz que: "Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime a ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação. Sendo múltiplas as atividades humanas, inúmeras são também as espécies de responsabilidade, que abrangem todos os ramos do direito e extravasam os limites da vida jurídica, para se ligar a todos os domínios da vida social. Coloca-se, assim, o responsável na situação de quem, por ter violado determinada norma, vê-se exposto às consequências não desejadas decorrentes de sua conduta danosa, podendo ser compelido a restaurar o status anterior.

"Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral comete ato ilícito" e "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". Carlos Roberto Gonçalves (2007, p.13,14).

1. DANO

Não se pode falar em reparação se não houver dano, portanto é pressuposto da responsabilidade civil o prejuízo causado, que pode ser esse de ordem econômica ou moral.

Outro pressuposto que caracteriza a responsabilidade civil é a conduta, que decorre de uma ação seja comissiva (agir para causar o dano) ou omissiva (a não ação, quando se poderia para evitar o dano), lícita ou ilícita, da própria pessoa que terá o dever de reparar o dano ou de um terceiro que esteja sobre sua responsabilidade.

O terceiro pressuposto que caracteriza a responsabilidade civil, é o nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado. Nexo Causal é o liame que une a conduta do agente ao dano gerado.

No que tange aos pressupostos da responsabilidade civil, deve-se reconhecer que a doutrina especifica a ação (ou omissão), o dano, o nexo de causalidade e a culpa como requisitos essenciais para a imposição do dever de indenizar o dano.

2. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

No que se refere ao tema de responsabilidade civil são encontradas na doutrina as seguintes espécies; Responsabilidade civil contratual; Responsabilidade civil extracontratual; Responsabilidade civil subjetiva; Responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade civil contratual deriva de uma aceitação, bilateral de uma obrigação, expressa e aceita pelo contrato que estabelece obrigações mutuas entre as partes, nesse contrato pode mencionar a reparação caso ocorra algum descumprimento da obrigação, e está embasada no dever do resultado, e prevê a culpa no caso de descumprimento.

A responsabilidade extracontratual surge da prática de um ilícito extracontratual, não havendo vinculo anterior entre as partes, não existindo nenhuma relação obrigacional ou contratual, não há previsão, pois decorre de uma inobservância legal.

A responsabilidade subjetiva está ligada ao fator de culpa de quem causou o dano, portanto deverá ser comprovada em relação ao nexo causal, o ato, o dano e ainda a intenção, a culpa, para que seja obrigado a reparar o dano.

A responsabilidade objetiva nasce obrigada a reparar o dano independente de nenhuma comprovação de culpa ou dolo, só extingue a obrigação de reparação na responsabilidade objetiva se for comprovada a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior.

3. ESPÉCIE DE OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE AÉREO

Em concordância com o preceito legal; Artigos 730 e 738 Código Civil, 2002.

"Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante a retribuição, a transportar de um lugar para outro, pessoas ou coisas."

"A pessoa transportada deve sujeitar-se às normas estabelecidas pelo transportador, constantes no bilhete ou afixada à vista dos usuários, abstendo-se de quaisquer atos que causem incômodo ou prejuízo, aos passageiros, danifiquem o veículo, ou dificultem ou impeçam a execução normal do serviço. "

O contrato aludido nos artigos anteriormente mencionados trata de um contrato de adesão, onde não há discussão ampla das clausula e sim são previamente estipuladas por uma das partes, e a outra simplesmente adere. Conforme conceito de Carlos Roberto Gonçalves há uma preponderância da vontade de um dos contratantes.

O transporte de passageiro é um exemplo claro de contrato de adesão, de acordo com o Artigo 738 Código Civil, 2002 citado anteriormente, quem utilizar qualquer tipo de transporte de passageiros, está implícita a celebração de um contrato de adesão, a partir do momento da compra da passagem pelo o usuário, aceita o contrato e adere ao regulamento da empresa, que por sua vez assume a obrigação de levar o passageiro ao seu destino, sem que este tenha nenhum problema.

Caso ocorra qualquer interrupção do trajeto do transporte, ocasiona o inadimplemento contratual da obrigação, gerando então um dever jurídico sucessivo, surgindo a responsabilidade de indenizar nos termos do artigo 389 do Código Civil 2002.

"Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogados. "

O Passageiro não está obrigado a provar a culpa do transportador, pois independente de culpa ou dolo será responsável pela reparação do dano.

Um conceito de responsabilidade objetiva, também chamada de responsabilidade do risco, segundo Venosa.

"Sob esse prisma, quem, com sua atividade, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta, ainda porque essa atividade de risco lhe proporciona um benefício". (Venosa, 2002 p.36)

No entanto para se definir a responsabilidade objetiva das empresas de transporte, foi adotada a teoria do risco do empreendimento, pelo simples fato de existir atividade econômica já torna a empresa obrigada a indenizar e reparar o dano causado, pela atividade, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto no contexto examinado por todos os conceitos acima mencionados, pode-se caracterizar o contrato com empresa de transporte aéreo, um contrato de obrigação de resultado, que também tem a obrigação do passageiro de efetuar o pagamento pelo serviço, tornando um contrato bilateral, cumulativo, consensual, oneroso e que se qualifica pelo resultado.

A obrigação do resultado e a responsabilidade por ele é do transportador que assume o risco no momento que explora atividade econômica com a prestação, e se beneficia, para que exista o adimplemento a extinção da obrigação será necessário que alcance o resultado, só se exonera se provar culpa do contratante, caso contrário, a extinção da obrigação somente se dará após seu cumprimento integral. Conforme dispõe o Artigo 7 do Código de Defesa do Consumidor.

"Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo".

Dessa forma, o contrato de transporte caracteriza-se por ser um contrato consensual que se aperfeiçoa com o simples acordo de vontades; bilateral por ter obrigações para ambas às partes; comutativo, uma vez que há um equilíbrio econômico entre as partes envolvidas e caracterizando-se também, por ser um contrato de adesão com suas cláusulas previamente estabelecidas por uma das partes, neste caso, o transportador, e por fim, uma característica relevante ao valor jurídico, que é a cláusula de incolumidade, encontrando-se implícita no contrato e destacando-se pela força obrigatória que dispensa ao transportador, na observância de garantir ao passageiro sua condução ao destino com zelo, sendo pois, obrigado a levar o passageiro são e salvo ao local previamente acordado, sofrendo no caso de inobservância desta cláusula, o dever de indenizar, independente de sua culpa, que estendendo também para as agências de viagens que vendem as passagens a responsabilidade solidária da reparação do dano, conforme demostrado no dispositivo acima mencionado.

4. OS DANOS QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE DA EMPRESA DE TRANSPORTE AÉREO

A responsabilidade da empresa é objetiva, tem o dever de indenizar independente de culpa, sendo fundamentada na teoria do risco, vinculado a obrigação dos riscos da atividade econômica exercida, nesse sentido, transfere a ideia de culpa para uma visão de causalidade, para a reparação efetiva do dano, que compreende em todos os danos acessórios ao serviço propriamente, extravio de bagagem, atraso e cancelamento de voos, lesões físicas, erros na emissão de bilhete, perda de conexões, quando a companhia vende mais passagens do que existem lugares no voo, chamado de *overbooking*, restrições alfandegárias, problemas meteorológicos,

mecânicos. Ainda se responsabiliza, pelos atos cometidos por seus funcionários durante o trabalho ou em razão do trabalho. Responsabilidade que se encontra descrita nos artigos 932 e 938 do código Civil, 2002, onde a empresa pode ser responsabilizada pelos danos morais e materiais causados por seus funcionários ou prepostos que causarem a terceiros, independente da empresa ter culpa ou não, bastando apenas comprovar a culpa do empregado pelo dano.

5. A RESPONSABILIDADE NO CASO DE EXTRAVIO DE BAGAGEM

A partir do momento em que a bagagem é entregue à companhia aérea para ser despachada, a responsabilidade passa a ser da transportadora. Conforme o Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor responde objetivamente pelas falhas, como no caso de danos, furtos ou extravio de bagagem. Tendo ocorrido o extravio de bagagem, a mesma poderá permanecer fora da posse do passageiro por no máximo 7 dias em de acordo com as novas normas da ANAC da resolução número 410 de fevereiro de 2017 que entrou em vigor em 22 de março de 2017. O passageiro prejudicado tem o direito a reparação dos danos e prejuízos, fazendo jus a devida indenização, devendo a empresa arcar com as despesas causadas pela não disposição dos pertences bem como o gasto para adquirir novos bens.

Além da regulação da ANAC, o pacto de Varsóvia e o Código de Defesa do Consumidor, regulamentam a questão do extravio de bagagem. No entanto, visualize-se facilmente a inaplicabilidade do Pacto de Varsóvia e efetivando o CDC, já que o pacto estipula um limite por quilograma de bagagem elaborado num panorama mais social onde, todos os prejuízos não possam ser indenizados. Já o CDC possui uma postura mais coercitiva para que se tenha um serviço efetivo e de qualidade. O Código de Defesa do Consumidor o qual está

amparado pela Constituição Federal, entende a efetiva reparação de danos morais e materiais de acordo com seu artigo 51 *"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*

I – Impossibilitem, exonerem, ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vicio de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos".

6. A ANAC, AGENCIA REGULADORA

A Agencia Nacional de Aviação Civil, é uma das agências reguladoras federais do País, e foi criada com o cunho de fiscalizar e regular as atividades da aviação civil e a infraestrutura aeronáutica e aeroportuária no Brasil. Instituída em 2005, começou a atuar somente em 2006 substituindo o DAC – Departamento de aviação civil. É uma autarquia federal em regime especial e está diretamente ligada à Secretaria da Aviação Civil da Presidência da República. As ações da ANAC se enquadram nas atividades de certificação, fiscalização, normatização e representação institucional.

A ANAC atua para promover a segurança da aviação civil e para estimular a concorrência e a melhoria da prestação dos serviços no setor.

O trabalho da agencia consiste em elaborar normas, certificar empresas, oficinas, escolas, profissionais da aviação, aeródromos e aeroportos, e fiscalizar as operações de aeronaves e empresas aéreas, de aeroportos e de profissionais no setor e de aeroportos no setor da aviação, com foco na segurança e qualidade do transporte aéreo.

7. OBRIGAÇÕES E RESPONSABILIDADES DISPOSTAS PELA ANAC

A ANAC determina ainda que nos casos de atraso e cancelamento de voo e preterição de embarque o passageiro que com-

parecer para embarque tem direito à assistência, que envolve comunicação, alimentação e acomodação. Essas medidas têm como objetivo diminuir o desconforto dos passageiros enquanto aguardam seu voo, atendendo suas necessidades imediatas.

Em função a essas medidas, a ANAC criou um procedimento, uniforme para as empresas de transporte, determinando o tempo de atraso e a assistência que deve ser prestada aos passageiros, enquanto esperam solução para o voo.

Contado a partir do momento em que houve o atraso, cancelamento ou preterição de embarque, deve proceder as seguintes determinações:

1) A partir de 1 hora de atraso, a empresa deve oferecer comunicação ao passageiro, internet, telefonemas.

2) A partir de 2 horas de atraso, deve oferecer alimentação, lanche, bebidas, vouchers para alimentação.

3) A partir de 4 horas de atraso, a empresa deverá oferecer, acomodação, hospedagem e transporte do aeroporto até o lugar da acomodação e de volta ao aeroporto, se o passageiro estiver no lugar do seu domicílio, leva-lo até sua residência e depois até o aeroporto.

4). Caso o atraso seja superior a 4 horas ou a empresa já tenha estimativa do período do atraso ou de cancelamento, além de todas as assistências materiais, também opção reacomodação ou reembolso.

Nos casos de cancelamento do voo a ANAC determina que o passageiro receba o reembolso integral, inclusive com a tarifa de embarque, neste caso a empresa aérea poderá suspender a assistência material.

Remarcar o voo, sem custo para a data e horário, de melhor conveniência para o passageiro, neste caso poderá suspender a assistência material.

Embarcar no próximo voo da mesma empresa ou de outra empresa, para o mesmo destino, sem custo, se houver disponibilidade de lugar, porém na ocorrência desta situação a empresa deve oferecer assistência material.

TEMPO DE ATRASO	PRESTAÇÃO DA EMPRESA DE TRANSPORTE
1 Hora	Comunicação, telefonia, internet
2 Horas	Alimentação adequada
SUPERIOR A 4 HORAS	Acomodação, hospedagem, transporte até o local da hospedagem e volta ao aeroporto
SUPERIOR A 4 HORAS EM ESCALA OU CONEXÕES	Reacomodação, reembolso ou outro transporte
CANCELAMENTO	Reacomodação em outro voo, da mesma empresa, outra empresa, ou ainda o passageiro pode escolha concluir o trajeto por outro meio de transporte caso o cancelamento se deu por causa da contratada, poderá solicitar o reembolso integral dos valores pagos
OVERBOOKING	Pedir indenização caso sofra algum prejuízo por ter sido impedido de viajar, poderá aceitar oferta da empresa de transporte de substituir o voo por outro mediante alguma recompensa, neste caso perde o direito de reclamar qualquer indenização, ou ainda reacomodação em outro voo em data e horário conveniente.

Fonte: Resolução nº 141 da ANAC de 9 de março de 2010

8. SOBRE PRETERIÇÃO

A preterição de embarque acontece na situação em que o passageiro teve o seu embarque negado, mesmo tendo cumprido todos os requisitos para o embarque. Logo que a empresa constatar que há possibilidade de preterição, deverá procurar por voluntários que aceitem embarcar em outro voo, mediante a oferta de compensações (dinheiro, bilhetes extras, milhas, diárias em hotéis). Caso o passageiro aceite essa compensação, a empresa poderá solicitar a assinatura de um recibo, comprovando que foi aceita a proposta. Caso não aceite a compensação, e seja preterido, caberá à empresa aérea oferecer alternativas de reacomodação e reembolso, além da assistência material.

8.1 SAIBA O QUE É *OVERBOOKING* E O QUE FAZER CASO ACONTEÇA COM SEU VOO

Overbooking, é uma prática mundial na aviação, pois é comum os passageiros poderem agendar suas viagens com até um ano de antecedência e cancelarem em cima da hora, ou não comparecerem, gerando uma situação de muitos voos com acentos vazios, mesmo vendendo mais passagens que acentos disponíveis, trazendo prejuízos para as empresas de transporte aéreo.

Mas o sistema adotado pelas empresas para reduzir seu prejuízo pode causar prejuízos para os passageiros também, e nesse caso a responsabilidade de amenizar esse desconforto é da empresa que vendeu as passagens a mais que acentos disponíveis.

No caso do passageiro se ver impedido de embarcar no voo, pelo motivo do *overbooking,* por determinação da ANAC deverá a empresa promover as seguintes facilidades para o passageiro, acomodá-lo em outra aeronave com o mesmo destino, na mesma empresa ou em empresa que tenha disponibilidade, prestar assistência com alimentação, comunicação, hospedagem (se for o caso), transporte de aeroporto até o hotel e do hotel até o

aeroporto para o próximo embarque, ainda conceder uma compensação que será acordada entre a empresa e o passageiro, dependendo do dano causado.

	COMO ERA ANTES DA MUDANÇA	**APÓS A MUDANÇA DE 14/03/2017**
Bagagem despachada	Voo nacionais:23kg Voo internacional 2 volumes de 32kg	As companhias poderão cobrar pelo despacho da bagagem. Critérios e valores serão definidos por cada empresa
Bagagem de mão	Uma bagagem pequena de até 5kg + volume de mão (bolsa, mochila ou sacola)	Uma bagagem pequena de até 10kg + volume de mão (bolsa, mochila ou sacola)
Divulgação dos preços das passagens aéreas	Não há nenhuma regra	Valor final com todas as taxas incluídas
Direito de desistência após a compra da passagem	Sujeito a multa, exceto em compras pela internet, até 7 dias	Gratuito até 24h após a compra (para emissões pelo menos 7 dias antes do voo) ou em até 7 dias comprado pela internet
Multa para cancelamento de passagens	Não há restrição	Não pode ultrapassar o valor do bilhete, com direito a devolução da taxa de embarque.

Alteração de voo realizada pela cia aérea	Não há regras definidas pela ANAC. Cada companhia aérea tem sua política.	Acima de 15minutos dá direito a remarcação de voo/data ou reembolso integral
Indenização em caso de overbooking/ preterição	A empresa deve acomodar o passageiro em outro voo próprio ou de outra cia e arcar com custos.	O passageiro deverá ser indenizado da hora. As empresas poderão fazer ofertas para voluntários.
Trecho de retorno em bilhetes ida e volta	Caso o passageiro não embarque os voos seguintes serão cancelados.	O passageiro terá direito a voar o trecho de retorno, mesmo que não embarque na ida.
Prazo máximo para reembolso de passagens	30 dias	7 dias
Prazo máximo para restituição de bagagem extraviada	30 dias	7 dias
Correção de erro de grafia do nome do passageiro	Emissão de novo bilhete com multa e diferença de tarifa a critério da cia aérea.	Gratuito

As novas regras da ANAC

Fonte: Resolução nº 410 da ANAC de 21 de fevereiro de 2017

CONCLUSÃO

As empresas de transporte aéreo se enquadram no código civil, código de defesa do consumidor como tendo obrigação

de resultado, onde há responsabilidade objetiva, fundamentada na teoria do risco, que desvincula o dever de indenizar o dano pela ideia de culpa, já que ocorre culpa presumida, o agente não indeniza porque tem culpa, mas porque é proprietário do bem ou responsável pela atividade que lhe aufere lucros e receitas e provocou danos a outrem, assumiu o risco quando vislumbrou a possibilidade de mercado forma de desenvolver sua capacidade econômica, e com sua atividade que lhe confere proveito causou danos.

O código de defesa do consumidor vem dar efetividade ao artigo 5º XXXII da Constituição Federal, incentivando a criação pelos empresários, de meios eficientes do controle de qualidade e segurança dos produtos e serviços oferecidos, buscando garantir ao consumidor parte hipossuficiente da relação comercial, que não sofra os efeitos nocivos do mercado de consumo

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES, C.R. (2016) Curso d Direito Civil. 14º ed. São Paulo. Saraiva.

VENOSA, S.S. (2009) Direito Civil – Responsabilidade Civil. 9º ed. Vol.: IV. São Paulo. Atlas.

DINIZ, M.H. (2009) Curso de Direito Civil Brasileiro–Responsabilidade Civil. ed. 23º. Vol. 7. São Paulo. Saraiva.

Código de Defesa do Consumidor (2016). São Paulo. Ed. Saraiva.

Código Civil Brasileiro (2016). São Paulo. Ed. Saraiva ·

Âmbito Jurídico http://www.ambito-juridico.com.br/site/

Portal ANAC http://www.anac.gov.br

A INDENIZAÇÃO CIVIL EM FACE DO ERRO MÉDICO

Elisabete Ramos Rocha[18]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a admissibilidade da indenização, as consequências da ação ou omissão de uma conduta, a relação entre culpa e dolo e a necessidade do nexo de causalidade em se tratando de conduta médica.

A atividade da medicina visa a melhoria do quadro clínico do paciente e não sua cura, por se tratar de atividade meio, comprometendo-se a tratar o cliente com zelo, com a utilização dos recursos disponíveis para um melhor diagnóstico. Entretanto, este profissional pode ser responsabilizado quando comprovado que houve imprudência, imperícia ou culpa.

Ainda, importante salientar que há entre médico e paciente uma obrigação extracontratual que, na violação de um dever legal, nasce um ato ilícito, passível de indenização.

Palavras-chave: *Responsabilidade Civil; Erro Médico; Indenização*

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the admissibility of compensation, the consequences of the action or omission

---

18. Bacharelanda em Direito pela Universidade Nove de Julho.

of a conduct, the relationship between guilt and fraud and the necessity of the causal link in the case of medical conduct.

The activity of medicine aims to improve the clinical picture of the patient and not cure it, because it is a medium activity, committing to treat the client with zeal, using the resources available for a better diagnosis. However, this professional can be held liable when proven that there was recklessness, malpractice or guilt.

Also, it is important to point out that there is a non-contractual obligation between doctor and patient that, in violation of a legal duty, an unlawful act is born, which can be indemnified.

Keywords: *Civil responsability; Medical error; Indemnity*

INTRODUÇÃO

As fontes das obrigações previstas no Código Civil são: a *vontade humana* (os contratos, as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a *vontade do Estado* (a Lei). As obrigações derivadas de "*atos ilícitos*" são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente

"O Código Civil de 2002 dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil. Na Parte Geral, nos artigos 186, 187 e 188 consignou a regra geral da responsabilidade aquiliana (**Responsabilidade Aquiliana** é aquela que provém da lei, chamada também de extracontratual. **Aquiliana** por que vem lá do direito Romano da «Lex Aquilia". Este tipo de responsabilidade está em oposição a responsabilidade contratual, que é aquela derivada, logicamente, do contrato) *e algumas excludentes. Na Parte Especial estabeleceu a regra básica da responsabilidade contratual no artigo 389 e dedicou dois capítulos à "obrigação de indenizar" e à "indenização", sob o título "Da Responsabilidade Civil" (GONÇALVES, 2012, p.22).*

O ato ilícito é o praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual, (artigo 186 e 187 do Código Civil).

Causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (artigo 927 do Código Civil).

> *"Os bens do responsável pela ofensa do direito de outrem se sujeitará a reparação do prejuízo causado e se aquela violação tiver mais de um autor, todos terão responsabilidade solidária pela reparação; logo, o lesado poderá exigir de qualquer dos coautores a indenização a que faz juz (artigo 942 do Código Civil), transmitindo o direito de reparação aos seus herdeiros, até o limite de suas heranças (artigo 943 c/c artigo 1792 Código Civil)", (DINIZ, 2014, p.875).*

1. RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito Brasileiro o Código Civil de 1916, adotou-se a teoria subjetiva, onde exige-se a prova de culpa ou dolo do autor do dano para efetiva reparação. Porém alguns casos raros presumia-se a culpa do autor

Em casos em que as concepções tradicionais não se revelam suficientes para a proteção da vítima, ganha terreno a teoria do risco, que sem substituir a teoria da culpa, encara a responsabilidade sob o aspecto objetivo.

Exemplo: Um operário, vítima de acidente de trabalho, tem sempre direito à indenização, havendo culpa sua ou do patrão. O mesmo deve ser indenizado pelo patrão por ser o mesmo dono do maquinário ou instrumento que causou o dano.

Na teoria do risco se submete a ideia do exercício de atividade perigosa como fundamento da responsabilidade civil.

No direito moderno, a teoria da responsabilidade objetiva apresenta-se sob duas faces: a teoria do risco e a teoria do dano objetivo.

Na teoria do dano objetivo, independente de culpa, se existir o dano o mesmo deve ser ressarcido.

O direito brasileiro se manteve fiel à teoria subjetiva nos Artigos 186 e 927 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Precisa haver prova de culpa para a reparação do dano.

Porém, em outros dispositivos e mesmo em leis esparsas, adotaram-se o princípio da responsabilidade objetiva como nos artigos 936 e 937 do Código Civil.

O Código Civil de 2002 mantém o princípio da responsabilidade com base na culpa, (artigo 927), definindo o ato ilícito no artigo 186, *verbis*:

> *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".*

No artigo 927, depois de estabelecer, no *caput, que "aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem é obrigado a repará-lo"* dispõe, refletindo a moderna tendência, no parágrafo único*, verbis:*

> *"Haverá obrigação de repara o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".*

2.2 RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL

A responsabilidade civil tem o efeito de reparação enquanto que a responsabilidade penal tem o efeito de punição, podendo atuarem juntas ou separadas.

A Norma Civil é de Direito Privado e a Norma Penal é de Direito Público. O mesmo fato ilícito pode gerar efeitos civis e penais

Na responsabilidade penal, responde o réu com a privação de sua liberdade, cabe ao Estado o ônus da prova. A tipicidade é um dos requisitos do crime. É necessário que haja perfeita adequação do fato concreto ao tipo penal.

Na responsabilidade civil, a vítima é quem deve provar o fato ocorrido, por isso mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm sido desenvolvidos para cercá-la de todas as garantias e possibilitar-lhe a obtenção do ressarcimento do dano. No entanto, qualquer ação ou omissão pode gerar a responsabilidade civil, desde que viole direito e cause prejuízo a outrem (BRASIL. Código Civil, art. 186).

2.3 UNIDADE DA JURISDIÇÃO E INTERAÇÃO CIVIL E PENAL

Como na maioria das vezes o ilícito penal é também ilícito civil, pode ser apurada a responsabilidade penal do agente no juízo criminal e, concomitantemente, a responsabilidade civil, no juízo cível. Por haver pronunciamento judicial nos dois juízes e correndo o risco de ocorrer decisões contrárias, temos o artigo 935 do Código Civil para promover interação entre as jurisdições civil e penal:

DISPÕE O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL:

> *"A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência*

> *do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal".*
>
> *"Com o intuito de evitar contradições de julgamento, o legislador, atribuiu à sentença penal condenatória com trânsito em julgado o valor de título executivo judicial, a fim de possibilitar à vítima ou aos seus sucessores exigir a reparação, vedada a rediscussão, no cível, sobre a existência do fato, de sua autoria ou de sua ilicitude (artigo 515,VI, CPC)", (GONÇALVES, 2012, p.331).*

A Responsabilidade Civil tem o intuito de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.

O Instituto da Responsabilidade Civil é parte integrante da Responsabilidade Obrigacional, onde a prática de um ato ilícito acarreta a obrigação de reparar o dano, que tem como Fontes das Obrigações no Direito Civil: a vontade humana (os contratos, declarações de vontade unilaterais ou bilaterais e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a Lei).

O ato ilícito é aquele praticado em desacordo com a Ordem Jurídica, violando direito

Subjetivo individual.

Para haver reparação do dano é preciso que haja nexo causal que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

Na interação Civil e Penal, para evitar decisões conflitantes, o Código Civil, dispõe sobre a Unidade da Jurisdição, onde questões que se acharem decididas na esfera criminal, não há que se questionar na esfera cível.

2.3.1 ESPÉCIES: CULPA E DOLO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

> "São duas as espécies de responsabilidade civil: subjetiva e objetiva. Na SUBJETIVA, o sujeito passi-

> vo da obrigação pratica ato ilícito e esta é a razão de sua responsabilização; na OBJETIVA, ele só pratica ato ou atos lícitos, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador da responsabilidade", (GONÇALVES, 2012, p.347).

Quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito; quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer.

A ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva ou subjetiva.

Maria Helena Diniz e Fábio Ulhoa Coelho falam da Responsabilidade Civil de maneiras diferentes.

Maria Helena Diniz, trata como Simples (ação direta do causador do dano, por ato doloso ou culposo) e Complexas (vincula-se ao responsável indiretamente, por fato alheio ou pelo fato das coisas)

Já Fábio Ulhoa Coelho, vê como Objetiva (a prática de ato ilícito) e Subjetiva (o fato de ter feito algo que não deveria fazer).

2.3.1.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

Responsabilidade objetiva independe de culpa, basta haver relação entre ação e dano, considerando-se na mesma linha a teoria do risco onde toda pessoa que exerce uma atividade cria um risco para terceiros.

Na responsabilidade subjetiva, a culpa do agente é um pressuposto necessário para indenização do dano, configurando-se somente se o mesmo agir com culpa ou dolo.

2.3.1.1.1 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA

A lei determina que a vontade é a fonte das obrigações, onde a responsabilização por ato ilícito pressupõe a exigibi-

lidade da conduta diversa, comportar-se de certa maneira, quando poderia comportar-se de outra, o sujeito de direito manifesta, num certo sentido, sua vontade.

A ação ou omissão negligente, imprudente ou imperita ou mesmo a intenção de causar dano correspondem à conduta diversa da juridicamente exigível.

2.3.1.1.2 FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Para Fábio Ulhoa Coelho (2016), na modalidade objetiva, o devedor responde por ato lícito. Sua conduta não é contrária ao direito. Nada de diferente é ou seria juridicamente ou moralmente exigível dele. Arca com a indenização dos danos experimentados pela vítima do acidente.

A responsabilidade civil, quando objetiva, cumpre também a função de socialização de custos. Os excedentes de algumas atividades podem distribuir entre os beneficiários delas as repercussões econômicas dos acidentes, mesmo que não tenham culpa por eles.

A responsabilidade, por fim, cumpre função preventiva. Quando subjetiva, ao sancionar o ato ilícito desestimula a sua prática; quando objetiva, ao tratar a indenização como custo de atividade estimula a prevenção dos acidentes ou prejuízos como medida de racionalidade econômica.

Dano direto é a consequência imediata do evento danoso; indireto, a consequência mediata. O ato ilícito jurídico desencadeia o dano direto e este dá ensejo ao indireto.

Como regra geral, a responsabilidade civil é subjetiva. Em princípio, só responde por danos causados a outrem quem tiver sido culpado por eles.

Como regra especial, ela é objetiva se expressamente prevista em lei ou se o sujeito passivo ocupa posição econômica que

lhe permite socializar os custos de sua atividade", (COELHO, 2016, p.232 A 276).

2.3.1.2 DA AÇÃO OU OMISSÃO

"Artigo 186 do Código Civil : Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

2.3.1.3 DA CULPA E DO DOLO

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, na teoria subjetiva, a culpa tem algumas distinções: Culpa grave, é a falta imprópria ao comum dos homens; Culpa leve, é a falta evitável com atenção ordinária; culpa levíssima é a falta só evitável com atenção extraordinária, com especial habilidade ou conhecimento singular.

O dolo consiste na vontade de cometer uma violação de direito, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

2.3.2 NEXO CAUSAL

É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

2.3.2.1 INDENIZAÇÃO EM CASO DE LESÃO CORPORAL, ARTIGO 949 DO CÓDIGO CIVIL

"No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido".

Inabilitação para o trabalho, artigo 950 do Código Civil

> *"Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe*

diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo Único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez".

2.3.2.2 HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL PROVOCADOS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL

"O disposto nos artigos 948, 949 e 950 do Código Civil, aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho".

2.3.3 DO DANO

O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na vida financeira do ofendido. Para que alguém possa ser responsabilizado civilmente, é necessária que se faça prova do dano.

3 DISCUSSÃO: RESPONSABILIDADE CIVIL E SAÚDE

3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

Não se pode negar a formação de um autêntico contrato entre o cliente e o médico, quando este o atende.

Um paciente quando procura um médico, está em busca de um alívio para seu sofrimento, esperando do médico que o atende um comprometimento profissional no qual irá utilizar dos recursos disponíveis para um melhor diagnóstico. Caso isso não ocorra, o mesmo poderá ser responsabilizado se for provado que que houve imprudência, imperícia ou culpa.

No mesmo sentido dispõe o artigo 14 do parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor: “ *A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.*

O médico responde por fato próprio e por fato danoso praticado por terceiro sob suas ordens. Exemplo: Presume-se a culpa do médico que mandou sua enfermeira aplicar injeção de dipirona, que resultou em um edema de glote em um paciente com alergia a este medicamento tão comum.

3.1.1 A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

A responsabilidade civil do médico está vinculada a responsabilidade contratual, pois quando um paciente procura um médico está caracterizado o contrato bilateral de vontade e extracontratual em uma situação onde o paciente entra no setor de emergência de um hospital, onde o médico precisa tomar decisões rápidas para salvar a vida deste paciente, na qual se encaixa a teoria do risco.

NATUREZA DO CONTRATO MÉDICO

A prestação de serviço médico provoca obrigação tipicamente de meio e não de resultado, limitando-se a pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, desempenhando-os com zelo e adequação.

No entanto, algumas situações tornam a obrigação de resultado, tais como na realização de raios X, de exames laborato-

riais, de cirurgia plástica puramente estética. A frustração do fim do serviço prestado, é inadimplemento contratual, justificando a responsabilidade indenizatória pelo dano causado ao paciente.

3.1.3 DA OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO

Na obrigação de meio o médico visa o tratamento, o alívio imediato de uma dor. Na obrigação de resultado, o médico obriga-se a alcançar um resultado final.

3.2.1 CULPA ISOLADA E CULPA CONCORRENTE

A culpa isolada ocorre por negligência, imprudência ou imperícia, daqueles que estão no atendimento ao paciente.

A culpa concorrente, pode ser atribuída a serviços secundários ligados à estrutura do hospital, por exemplo, caso em que o cirurgião, que não tem ingerência em tais serviços, não responderá pela indenização. Ao hospital caberá suportá-la, dentro do princípio de que o patrão responde pelos atos culposos de seus prepostos (Súmula 314 do STF)

Dentro da equipe médica que participa de certo ato cirúrgico é preciso separar aqueles que se sujeitam às ordens do cirurgião e aqueles que exercem função técnica complexa e inerente à sua especialização. Os que cumprem ordens do chefe da equipe são meros prepostos. Por suas falhas responde o preponente, independentemente de culpa própria.

3.3.1 IMPRUDÊNCIA, NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA

A culpa *stricto sensu* ou aquiliana abrange a imprudência, a negligência e a imperícia.

Imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela.

Negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento.

Imperícia é a falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato, é a incapacidade técnica para o exercício de uma determinada função, profissão ou arte.

3.4.1 A NEGAÇÃO DO LIAME DA CAUSALIDADE: AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Há certos fatos que interferem nos acontecimentos ilícitos e rompem o nexo causal, excluindo a responsabilidade do agente. As principais excludentes da responsabilidade civil, que envolvem a negação do liame de causalidade são:

O estado de necessidade, a legítima defesa, a culpa da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito ou força maior e a cláusula de não indenizar.

Tem-se entendido que as causas preexistentes não eliminam a relação causal, considerando-se como tais aquelas que já existiam quando da conduta do agente. Assim, por exemplo, as condições pessoais de saúde da vítima, embora às vezes agravem o resultado, em nada diminuem a responsabilidade do agente.

A mesma consequência decorre da causa concomitante, que por si só acarrete o resultado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÃO

A intensão deste trabalho é de falar um pouco sobre Responsabilidade Civil no Erro Médico.

A Responsabilidade Civil tem como fonte geradora restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.

O instituto da Responsabilidade Civil é parte integrante da Responsabilidade Obrigacional, onde a prática de um ato ilícito acarreta a obrigação de reparar o dano, que tem como Fontes

das Obrigações no Direito Civil: a vontade humana (os contratos, declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos) e a vontade do Estado (a Lei).

As obrigações derivadas de “atos ilícitos” são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração que, em consequência, surge a obrigação de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado.

O ato ilícito é aquele praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual (art.186 e 187 CC), causa dano a outrem, criando o dever de reparar tal prejuízo (art. 927 CC).

Para haver reparação do dano é preciso que haja o nexo causal que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado.

Na teoria Subjetiva, exige a prova de culpa do agente, por Negligência: conduta omissiva, sabe o que tem que fazer e não o faz; Imperícia: falta de habilidade para a prática do ato; Imprudência: agir sem a devida cautela.

Na teoria Objetiva, divide-se em duas partes: teoria do dano objetivo: existe o dano, o mesmo deve ser ressarcido independentemente de culpa. E a teoria do risco, como o exercício de atividade perigosa, vem proteger a vítima.

No tocante ao Médico, sua principal obrigação consiste no atendimento adequado ao paciente e na observação de inúmeros deveres específicos, utilizando-se dos recursos disponíveis para um melhor diagnóstico, podendo ser responsabilizado ser for provado que houve imprudência, imperícia ou culpa.

O médico responde por fato próprio e por fato danoso praticado por terceiro sob suas ordens, podendo incorrer em responsabilidade extracontratual, ocorrida em uma situação de emergência, onde a prioridade é salvar a vida do paciente, ou contratual onde existe um contrato de vontade, sendo validado

na procura do paciente pelo médico, onde sua procura espontânea determina sua vontade, lembrando que a obrigação. do médico é meio e não de resultado, pois limita-se a pôr seus conhecimentos técnicos à disposição do paciente, como : interpretação de exames laboratoriais, RX, realização de cirurgia plástica puramente estética, onde a frustração no fim do serviço prestado gera um inadimplemento contratual que por si só, justifica a responsabilidade indenizatória pelo dano causada ao paciente.

Se o médico tem vínculo empregatício com o hospital, integrando sua equipe médica, responde objetivamente o hospital, como prestador de serviços, nos termos do art.11, Caput do CDC ou quando a causa do dano for ligada à estrutura do hospital, o patrão responde pelos atos culposos de seus prepostos (Súmula 314 STF).

Na equipe médica, os que cumprem ordens do chefe de equipe são meros prepostos, respondendo por suas falhas o proponente independentemente de culpa própria.

Os hospitais públicos são submetidos a tratamento jurídico diverso, no âmbito administrativo, sendo as pessoas de direito público e direito privado prestadoras serviço público responsáveis pelos danos que seus servidores causem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, art. 37, § 6º, CF/88.

A previdência privada de assistência à saúde assume maior importância no país a cada dia, onde associa interessados através de planos de saúde onde mantém hospitais ou credencia outros para a prestação dos serviços a que está obrigada, tem responsabilidade solidária pela reparação dos danos decorrentes de serviços médicos ou hospitalares credenciados.

Quanto ao erro no diagnóstico, estará configurada a culpa do médico quando este comete ato grosseiro e injustificável, ou se forma um diagnóstico precoce sem apurar a evolução do quadro clínico e sem proceder aos exames que o caso exija.

Se o profissional se mostra imperito e desconhecedor da arte médica, ou demonstra falta de diligência ou imprudência em relação ao que se podia esperar de um bom profissional, surge então a violação de um dever, impondo ao médico a obrigação de reparar o dano causado, ainda as condições pessoais de saúde da vítima agravem o resultado.

O CDC, trata da defesa da vítima, em seu art. 6º, inciso VIII, permite ao Juíz inverter o ônus da prova em favor da vítima, pois a prova de negligência, imprudência ou imperícia, constitui na prática verdadeiro tormento para a mesma.

Em seu art. 14, §§ 3º e 4º, trata as excludentes da responsabilidade civil em que o profissional liberal não será responsável se a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro e o caso fortuito e a força maior, como por exemplo a paciente que morre no parto por consequência de ruptura de um edema, que não guarda nenhuma relação com o parto e pode ter origem congênita.

Resumindo, a função da responsabilidade civil é desestimular a prática do ato ilícito e estimular a prevenção de acidentes.

REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Obrigações e Responsabilidade Civil. In: **Curso de Direito Civil**. 7ª ed. Editora dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. In: **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30ª ed. Editora Saraiva, 2014. vol. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. In: **Direito Civil Brasileiro.** Editora Saraiva, 2012. 7ª ed. vol.4.

A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA E OS IMPACTOS DE SUA INERSERÇAO NO CODIGO CIVIL

Fernando R. M. Bertoncello

INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI passou por diversas interpretações e discussões em razão de controvérsias acerca de algumas imperfeições técnicas que carecem de regulamentação, como questões de limitações financeiras e laborativas e o mau uso de certas expressões e conceitos.

Ademais, a EIRELI não se trata de um novo tipo societário, mas sim de um novo atributo dado a pessoa natural empresária, equivalente à distinção de seu capital social, sendo que para sua constituição devem ser respeitados alguns requisitos específicos, como a formalidade exigida para a sua abertura de um capital social integralizado de no mínimo 100 salários mínimos.

Diante do contexto apresentado, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.698/2013, dispondo sobre alterações na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) relativamente à EIRELI, bem como a criação da Sociedade Limitada Unipessoal ("SLU").

As modificações referentes à EIRELI têm por principal objetivo desburocratizar a sua constituição, tornando a sua utilização mais ampla. Já a SLU visa incentivar a iniciativa privada e evitar a constituição de sociedades por pessoas que não possuem o real intuito de se associarem (chamados "laranjas"), bem como flexibilizar a organização das pessoas jurídicas e possibilitar um melhor desempenho de suas atividades.

1. A EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI

Depois de inúmeras discussões travadas no âmbito legislativo, e mais ainda no âmbito doutrinário, a limitação da responsabilidade pelo exercício individual de empresa foi introduzida no direito brasileiro. Neste diapasão, emergiu a EIRELI, cuja legislação passou a viger a partir de 09 de janeiro de 2012, decorridos os 180 dias de *vacatio legis*.

A EIRELI destaca-se como figura independente a ser incorporada de forma direta e explícita pela legislação e seguindo essa orientação, para o atingimento dos fins a que se pretende, exige-se a personalização do instituto.

Destarte, no que se refere à sua natureza jurídica, e afastando a estruturação societária, ela se constitui como uma nova categoria de pessoa jurídica de direito privado que se somaria às sociedades, às associações e às fundações.

Assim, a empresa individual possui personalidade jurídica independente da de seu fundador e está defronte de duas pessoas de direito, cada uma com o respectivo patrimônio.

2. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO DA EIRELI E SUAS CONTROVÉRSIAS

A discussão referente às disposições da Lei nº 12.441/2011 já se iniciou polêmica com considerações concernentes à natureza jurídica da nova figura positivada.

Nesse sentido, dois direcionamentos surgiram, sendo um determinando a EIRELI como uma espécie de sociedade e outro entendendo-a como um novo sujeito de direito diferente de qualquer outro já existente.

Uma primeira corrente trata que, na realidade, a EIRELI introduz na legislação brasileira a sociedade unipessoal de responsabilidade limitada. Em defesa disso, Fábio Ulhoa Coelho[19], referenciando-se em interpretação sistemática do artigo 980-A do Código Civil, ressalta, em relação às suas imprecisões técnicas, que a intenção do legislador ao disciplinar a EIRELI teve por finalidade a sociedade unipessoal: "A lei define a EIRELI como uma espécie de pessoa jurídica, diferente da sociedade (art. 44, VI), e a disciplina num Título próprio (Título I-A do Livro II da Parte Especial), diverso do destinado às sociedades (Título II). Essas duas circunstâncias, isoladas, poderiam sugerir que, se a EIRELI não é espécie de sociedade, tampouco poderia ser uma espécie de limitada. Mas, ao disciplinar o instituto, o legislador valeu-se exclusivamente de conceitos do direito societário, como capital social, denominação social e quotas. Mais que isso, referiu-se a EIRELI como uma 'modalidade societária' (art. 980-A, § 3º) e submeteu-a ao mesmo regime jurídico da sociedade limitada (§ 6º)."

Contrariamente, defende Frederico Garcia Pinheiro, em crítica à corrente que confere à EIRELI a natureza de sociedade unipessoal, que a existência de sociedade depende da pluralidade de sócios e, portanto, afirma embasado na literalidade da Lei nº 12.441/2011 que a EIRELI é, certamente, uma nova modalidade de pessoa jurídica· "A EIRELI não tem natureza jurídica de sociedade empresária. Ao contrário do que muitos podem imaginar, mas trata-se de uma nova categoria de pessoa jurídica de direito

19. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. 16. Ed; 2 v: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47.

privado, que também se destina ao exercício da empresa. Tanto que a Lei nº 12.441/2011 incluiu 'as empresas individuais de responsabilidade limitada' no rol de pessoas jurídicas de direito privado do art. 44 do Código Civil (inciso VI)."[20]

Sobre esse aspecto, há também visível unanimidade no sentido de que a EIRELI, pessoa jurídica, não substitui o empresário individual, pessoa natural, nem pode ser confundida com ele, conforme afirma Gonçalves Neto[21]: "Também não se confunde a Eireli com a pessoa do empresário. Não bastasse ser aquela uma pessoa jurídica e este uma pessoa natural, tem-se que o empresário é o agente econômico titular de sua empresa individual, isto é, da universalidade de bens que destina ao seu negócio, enquanto a Eireli é ela própria o agente econômico e única titular do patrimônio destinado ao exercício da atividade econômica determinada pelo seu objeto. (...)"

É possível enumerar algumas das razões que inclinam a favor da corrente que caracteriza a EIRELI como instituto diverso das sociedades: (a) O Legislador introduziu expressamente a EIRELI como nova modalidade de pessoa jurídica de direito privado com o acréscimo do inciso VI ao rol do art. 44 do CC; (b) Inaugurou um Título próprio para tratar da EIRELI (Título I-A do Livro II da Parte Especial), diferente daquele em que se cuida das disposições relativas às sociedades (Título II); (c) O art. 981 do CC não foi alcançado pela lei, mantendo-se inalterado o conceito de sociedade; (d) Subsistiu o inciso IV do art. 1.033 do CC determinando a dissolução da sociedade caso a unipessoalidade continue por prazo superior a cento e oitenta dias; (e) A modificação no parágrafo único do art. 1.033 do CC, que prevê que na falta de pluralidade de sócios, o sócio remanescente pode requerer a transformação do registro da

---

20. PINHEIRO, Frederico Garcia. Empresa individual de responsabilidade limitada. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, p. 59-78, out. /nov. 2011. p. 65. 263 Ibid, p.

21. GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. A empresa individual de responsabilidade limitada. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012. p. 157.

sociedade em EIRELI; (f) O disposto no § 6º do art. 980-A do CC, em que há expressa menção de que à EIRELI aplicam-se as normas previstas para as limitadas, significando que o legislador não a considera uma sociedade limitada.

2.1 DO CAPITAL SOCIAL DA EIRELI

O artigo 980-A do Código Civil Brasileiro em seu *caput* estipulou como basilar para a constituição de uma EIRELI a integralização no ato da constituição da totalidade do capital social, que não poderá ser inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País à época do registro.

Após a publicação da lei, manifestou-se os primeiros comentários à opção legislativa de fixar um capital mínimo, considerado alto pela maioria doutrinadores, e exigir a imediata integralização, o que não acontece com nenhum dos outros modelos societários estabelecidos na legislação brasileira. [22]

Por este motivo é que parte dos doutrinadores argumenta sobre a inconstitucionalidade deste dispositivo legal, visto que, se não há qualquer norma correspondente para o empresário individual e as sociedades empresárias, fatalmente não existe embasamento jurídico para impor tais exigências à EIRELI.

Outras conjecturas utilizadas para embasar a inconstitucionalidade do dispositivo é que a utilização do salário mínimo como critério de indexação para a determinação do capital mínimo necessário para a constituição de EIRELI viola a regra constitucional, prevista no inciso IV do artigo 7º da Constituição Federal, que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, sendo que esta exigência impede pequenos empreendedores de usufruir da lei e inviabiliza o desenvolvimento econômico do país. [23]

Nesse sentido, o Partido Popular Socialista (PPS) propôs

---

22. RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito empresarial esquematizado. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 43; BRUSCATO, Wilges Ariana. Empresário Individual de Responsabildiade Limitada. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 24.

23. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4637) no Supremo Tribunal Federal – STF contra a parte final do *caput* do artigo 980-A do Código Civil, ação esta que ainda não foi examinada pelo STF e está concluso ao relator. [24]

A finalidade do capital social na EIRELI é demonstrar a garantia aos credores de que o titular dispõe do montante mínimo patrimonial para honrar as obrigações contraídas no exercício da atividade. Por isso se requer a imediata integralização do capital mínimo, cujo valor é consideravelmente exacerbado, mas atua como uma espécie de salvaguarda mínima para os credores.[25]

O Enunciado número 4 da I Jornada de Direito Empresarial prevê que uma vez que "o capital social tenha sido subscrito e efetivamente integralizado não deverá sofrer qualquer influência que decorra de supostas alterações do salário mínimo".[26]

Muito embora o parágrafo quinto do artigo 980-A preveja em seu cerne que a imagem, a voz e o nome podem integralizar o capital social do instituto da EIRELI, o enunciado 473 altera essa possibilidade no sentido de proibir a integralização do capital social.

2.2 PRODUTOR RURAL

Uma importante questão que se discute na constituição da EIRELI seria sobre a possibilidade de o produtor rural ser titular de uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

24. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4637. Requerente: Partido Popular Socialista, Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4123688. Acesso em: 20 nov. 2015.

25. TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1, p.58.

26. II JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/Enunciados_aprovados. Acesso em: 20 nov. 2015.

Em regra, o produtor rural é regido pelo direito civil, sendo que, excepcionalmente, caso efetue o registro (facultativo) será equiparado a empresário, podendo optar entre as três modalidades de exercer empresa: empresário individual, sociedade empresária ou EIRELI.

Segundo o enunciado número 62 estabelecido na ll Jornada de Direito Comercial, o produtor rural, pode constituir EIRELI.

Entre o ano de 2008 a 2009, duas pesquisas nacionais trataram sobre o tema EIRELI, não com a abordagem conceitual e etimológica feita pelo PL 4.605/09, mas utilizando comparações internacionais sobre a necessidade de uma pessoa natural exercer a empresa com responsabilidade limitada.

Nas pesquisas, o dispositivo foi analisado nas esferas internacional e nacional, sendo que a conclusão foi de que a Lei nº 12441/11 age em desarmonia com a ciência empresarial. Os relatores do projeto foram entrevistados e foi constatada a total falta de técnica na imposição do texto legal.

Com o intuito de harmonizar os equívocos do texto, foi apresentada proposta no sentido de, em regra, apesar de ser dado ao produtor rural o tratamento civilista, é certo que caso queira se inscrever na junta comercial, ele seja considerado empresário por equiparação.

Na possibilidade de o produtor rural ser equiparado a empresário, não há vedação legal que ele escolha pela EIRELI, pelo contrário, seria um instituto saudável e eficiente, isso no caso de equiparação.

2.3 REGISTRO DA EIRELI

Há forte discussão sobre o registro da EIRELI para esclarecer onde será efetuado, se na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas – RCPJ.

A aquisição da personalidade jurídica da pessoa jurídica se dá através do registro do ato constitutivo no órgão competente.

Sendo assim, a EIRELI deverá levar no registro a declaração de empresa individual de responsabilidade limitada, haja vista que não há contrato, ou seja, não é sociedade.

Diante da ausência de previsão legal, há divergência quanto ao órgão competente para o registro. Prevalece o entendimento de que os atos constitutivos da EIRELI deverão ser registrados na Junta Comercial (RPEM), tendo em vista que exerce função empresarial.[27]

O órgão de registro irá variar de acordo com o tipo de atividade desempenha, conforme segue: Junta Comercial: Se a EIRELI for constituída para desempenhar atividades empresariais; Registro Civil de Pessoas Jurídicas – RCPJ: Se for constituída para exercer atividades civis.

É importante reiterar que esse foi o entendimento adotado administrativamente pela Receita Federal do Brasil (Nota Cosit nº 446, de 16/12/2011).[28]

3. TRIBUTAÇÃO DA EIRELI

O estudo da natureza jurídica da EIRELI é especialmente importante, tanto para sua correta interpretação no âmbito do Direito Societário, quanto para a definição do adequado tratamento tributário que lhe seja aplicável.

O principal ponto a ser elucidado refere-se ao procedimento que será adotado no caso de tributação, especialmente no que tange ao imposto de renda: a EIRELI será considerada pessoa física ou jurídica? Para tanto, primeiramente, cabe apresentar a regra matriz desse tributo.

---

27. PORTAL DO MICROEMPREENDEDOR. Disponível em: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/eireli/abertura-registro-e-legalizacao>. Acesso em: 23 nov. 2015.

28. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SRF. Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada. Disponível em: <http://www.irtdpjbrasil.com.br/EIRELI.COSIT.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

3.1 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA – CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Lembrando as lições de Paulo de Barros Carvalho, vários são os postulados destinados a reger a atividade impositiva do Estado e suas respectivas regras tributárias. O mesmo não ocorre com as normas efetivamente definidoras da existência do tributo, descrevendo os fatos, os sujeitos da relação, e os termos definidores da dívida. Esse grupo normativo denomina-se normas-padrão de incidência ou regra-matriz de incidência tributária.[29]

É fundamental essa análise, pois o fenômeno da incidência enseja o estabelecimento do vínculo entre os sujeitos de direito em uma relação de causalidade jurídica determinada pela concretização do fato jurídico previsto no antecedente da norma com a projeção dos efeitos prescritos em seu consequente[30].

Há, portanto, um vínculo lógico-semântico entre o fato e a proposição normativa, havendo a efetiva incidência da lei quando os fatos previstos *in abstracto* forem materializados concretamente.

Segundo Paulo de Barros Carvalho,[31] nessa hipótese, será verificada a imputação deôntica, na qual o dever-ser caracterizará a imputação jurídico-normativa.

Lourival Vilanova deita luz sobre essa matéria, esclarecendo que é função da norma descrever possível ocorrência no mundo, trazendo consigo uma hipótese que pode ser denominada seu antecedente, seu pressuposto ou prótase.[32]

Essa hipótese descreve e fixa o estado das coisas, e posteriormente relaciona as consequências que se encontram norma-

---

29. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 242-243.

30. CARVALHO, Paulo de Barros, *Direito tributário, linguagem e método*. 4.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p. 413.

31. Idem. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 242 ss.

32. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* 4.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2010, p. 49-51.

tivamente descritas, atuando como um descritor. Por sua vez, o consequente é o resultado da situação relacional que deve ser aplicado caso a hipótese ocorra, e será denominado prescritor.

Para que haja coerência das normas tributárias entre si, destaca-se a relevância da clareza entre o descritor e o prescritor. Isso corroborará para a existência de um sistema saudável e coeso.

Realizadas essas considerações, o presente estudo inicia a análise cada um dos componentes da regra matriz de incidência tributária do Imposto sobre Renda.

3.1.1 REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA DO IMPOSTO SOBRE RENDA

O exame dos critérios formadores da hipótese tributária, dividem-se entre aqueles que compõem o descritor e aqueles relacionados ao prescritor.

Descritor da hipótese tributária

Este estudo será iniciado com a estrutura do descritor, integrada pelos elementos que são alicerces de sua estrutura: o critério material, espacial e temporal.[33]

O critério material refere-se ao comportamento das pessoas naturais ou jurídicas, devendo ser analisado de forma pura, sem qualquer tipo de inferência com o tempo ou espaço no qual se desenvolve.

Este e o elemento nuclear da hipótese de incidência, trazendo um comando, uma hipótese de comportamento humano, devidamente retratada com uma conduta que se perfaz com um verbo.

Enquanto antecedente da norma-padrão do tributo, deve-se tratar de verbo pessoal de predicação incompleta, ou seja, que carece, obrigatoriamente, de um complemento para dar-lhe sentido.[34]

---

33. Nesse processo de aprofundamento, serão utilizados os conceitos ensinados por Paulo de Barros Carvalho e Lourival Vilanova, principalmente aqueles constantes das obras já citadas anteriormente.

34. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 258-259.

No caso em foco, o critério material do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) é auferir rendimentos e ganhos de capital. "Auferir" é o elemento nuclear dessa hipótese, complementado por "rendimentos ou ganhos de capital".

Analisando-se o critério material em comento, pode-se compreender que todo e qualquer rendimento ou ganho de capital, quando materializado no mundo fático e recebido pela pessoa natural ou jurídica, será tributado.

Quanto ao critério espacial, este permite ao intérprete da norma entender os locais no qual o critério material deverá ocorrer. Caso o legislador não o delimite claramente na norma que cria o tributo, o local de ocorrência estará subentendido, pois está relacionado com a ocorrência do verbo que determina o nascimento da conduta retratada no critério material.

Esse é justamente o caso do Imposto sobre Renda. A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu delimitação territorial para a aplicação da lei, assim, subentende-se que o critério espacial será qualquer parte do território nacional.

Já o critério temporal delimita o marco temporal contido na hipótese tributária para a configuração de sua ideia abstrata.

Paulo de Barros Carvalho esclarece que não há de se confundir o critério temporal do descritor com a análise da lei tributária no tempo: "o âmbito eficacial da lei no tempo está para critério temporal das hipóteses tributárias, assim como o grau de eficácia territorial da lei está para o critério de espaço dos supostos das normas fiscais".[35]

O critério temporal estabelece o surgimento de um direito subjetivo para o Estado e de um dever para o sujeito passivo. No caso do Imposto sobre Renda, é um elemento muito relevante, pois o imposto não poderá ser exigido antes de decorri-

35. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 265.

do o prazo eleito para sua apuração final, ou seja, o período no qual se verificou a obtenção de novos acréscimos patrimoniais, apurados uma única vez, a cada exercício financeiro.

Uma vez analisado o descritor tributário, passa-se à análise dos critérios formadores do consequente tributário. Nesse sentido, verificando-se a hipótese prevista no descritor, haverá o resultado estabelecido no prescritor, que conterá os sujeitos dessa relação jurídica.

PRESCRITOR DA HIPÓTESE TRIBUTÁRIA

O consequente tributário ou prescritor normativo é composto pelos critérios pessoal e quantitativo.

O critério quantitativo traz consigo os elementos suficientes para o cálculo do valor exato a ser adimplido pelo sujeito passivo ao sujeito ativo decorrente da consequência tributária, posto que a obrigação tributária tem natureza patrimonial. Duas variáveis compõem esse critério: a base de cálculo e a alíquota.

A base de cálculo refere-se à amplitude que o comando nuclear da hipótese tributária alcançará. Uma vez definida sua abrangência, o resultado será potencializado pela alíquota, resultando no valor do débito tributário.

O imposto em análise traz como base de cálculo total de rendimentos percebidos, menos as despesas legalmente previstas. No caso de pessoas jurídicas, são dedutíveis os valores necessários à produção de rendimentos.

Quanto à alíquota, a variação é bastante expressiva, oscilando de 7,5% a 27,15%, vez que será diversa em função do sujeito passivo (se pessoa natural ou jurídica, por exemplo) ou dos montantes de rendimentos adquiridos.

No que tange ao critério pessoal, em um polo, haverá o sujeito ativo da pretensão jurídica, detentor de um direito subjetivo de recebimento. Em outro, o sujeito passivo, que terá o dever jurídico de adimplir a prestação legalmente prescrita.

A obrigatoriedade do tributo pelo sujeito passivo ocorrerá tão logo verificada a materialização da hipótese no mundo dos fatos, sendo, a partir de então, devido ao sujeito ativo.

Assim, o sujeito ativo é o titular do direito subjetivo de criar e exigir o tributo, conforme legalmente autorizado. Importante destacar que, além da possibilidade jurídica de que a pessoa jurídica de direito público não exerça sua prerrogativa de criar tributo, ainda há a possibilidade de que sejam estipuladas isenções de alguns tributos pela República Federativa do Brasil.

Já o sujeito passivo encontra-se no polo oposto da relação tributária. É o sujeito de direito, pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que deve cumprir tanto as obrigações pecuniárias decorrentes da materialização fática do descritor, como os deveres instrumentais e formais a elas correlatos.

A capacidade de participar de fatos tributários é bastante abrangente, pois não sofre as mesmas limitações estabelecidas pelo direito privado para as obrigações contraídas no universo das relações reguladas por esse ramo. É possível que o legislador confira capacidade para realização dos fatos tributários a pessoas, sejam naturais e jurídicas, tidas como incapazes no direito privado.

É na esfera de definição do sujeito do passivo que está o principal ponto de crítico que definirá o tratamento tributário das EIRELIs. E é justamente nesse ponto que as preciosas lições advindas do Direito Civil colaborarão para elucidar esse tema.

3.2 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DA EIRELI

Conforme esclarecido no item anterior, a base de cálculo do Imposto sobre Renda para pessoas jurídicas tem como base de cálculo total de rendimentos percebidos, excluindo-se desse montante as despesas necessárias à produção de rendimentos e as deduções legalmente previstas. Em vista dessa disposição, há uma gama muito maior de despesas dedutíveis nessa modalidade do que no caso de pessoas naturais.

Assim, é mais benéfico àquele que desenvolvam atividades empresariais o tratamento dedicado a pessoas jurídicas.

O Decreto nº 3.000, de 1.999, conhecido como Regulamento do Imposto de Renda (RIR/99), equipara empresas individuais às pessoas jurídicas para a cobrança de Imposto sobre Renda. Contudo, excetua essa equiparação às pessoas físicas que, individualmente, exerçam profissões ou explorem atividades, como médicos, engenheiros, advogados, contadores, dentre outros.

Ora, esse rol é justamente aquele que encontraria guarida na EIRELI. Profissionais que poderiam se organizar adequadamente adotando esse novel tipo societário. Em virtude disso surge a seguinte dúvida: as limitações trazidas pelo RIR/99 às empresas individuais também seriam aplicáveis às EIRELIs?

Depois de muita discussão, a Coordenação Geral de Tributação da Receita Federal foi consultada a respeito, especialmente para se pronunciar no caso de um médico que desejava ver a EIRELI que constituíra equiparada a pessoa jurídica para fins de tributação.

Após análise da referida Coordenação, a Receita Federal emitiu a Solução de Consulta nº 272 – COSIT, e entendeu que as restrições do regulamento estão limitadas às empresas individuais, não sendo aplicáveis ao caso das EIRELIs, e concluiu que não há impedimento legal para que um profissional constitua uma EIRELI e tribute suas receitas e resultados exclusivamente como pessoa jurídica, podendo, portanto, deduzir as despesas havidas com o desenvolvimento de sua atuação profissional.

Essa é mais uma vantagem interessante da adoção desse tipo societário.

4. PL. Nº 6.698/2013

O Projeto de Lei nº 6.698/2013 ("Projeto") reescreve o art. 980-A do Código Civil, alterando seu conteúdo e suprimindo ex-

pressões. Apresenta a EIRELI com a seguinte definição: "A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa natural, titular da totalidade do capital."

Os parágrafos do mencionado artigo ainda esclarecem que: o nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "Eireli" após a firma ou a denominação da empresa individual de responsabilidade limitada; pessoa natural poderá constituir mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada; e essa empresa também poderá resultar da concentração das quotas de modalidade societária em um único sócio, independentemente das razões que motivaram a concentração.

Diante das disposições legais, não há mais margem para interpretações quanto à possibilidade de pessoas jurídicas serem titulares de EIRELIs, uma vez que a palavra "natural" restringe essa interpretação, tornando taxativa a necessidade de tratar-se de pessoa natural – pessoa física.

Além disso, exclui-se também a determinação de capital social devidamente integralizado e com valor mínimo de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País no ato de sua constituição. Referido requisito gera um impedimento relevante para os empresários que não possuem bens suficientes, de modo que seu afastamento fará com que não haja mais o induzimento do empreendedor à constituição de sociedades limitadas com "sócios-laranja".

Pode-se, ainda, citar que o Projeto a traz a oportunidade de uma pessoa natural constituir mais de uma empresa nessa modalidade, podendo assim ser titular de várias EIRELIs.

Importante observar também que a redação do artigo 980-A proposta retira a expressão "capital social" e "denominação social" conforme estabelecidas no Código Civil, de modo a fazer indicação somente à "capital" e "denominação", pois não há que se falar em constituição de sociedade.

O Projeto, de origem do Sendo Federal, já foi aprovado na Comissão de constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Seu tramite está se dando em regime de prioridade e em caráter conclusivo, e atualmente aguarda Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA).

5. SOCIEDADE LIMITADA UNIPESSOAL

A grande inovação trazida pelo Projeto refere-se, na realidade, à criação de uma Sociedade Limitada Unipessoal ("SLU"), tipo inexistente na legislação brasileira, por meio da introdução da Seção IX no Capítulo IV do Código Civil, possibilitando à todas as pessoas, naturais ou jurídicas, a constituição de sociedade com apenas um sócio.

Assim, a SLU tem por finalidade a persecução de determinada atividade por sócio que terá sua responsabilidade, em regra, limitada ao montante de seu capital social, podendo, ainda, ser constituída como uma sociedade empresária ou sociedade simples, atendendo as necessidades do exercício de uma atividade tanto empresarial quanto profissional.

Observa-se que a SLU tem o regramento idêntico ao de uma Sociedade Limitada, salvo no que diz respeito à pluralidade social, sendo, também, possível a conversão de uma Sociedade Limitada em SLU ou SLU em Sociedade Limitada. Isto é, existe a previsão para que, em razão da concentração em um único titular das cotas de uma Sociedade Limitada, que esse sócio possa, a qualquer tempo, requerer ao registro público competente a transformação dessa sociedade em Sociedade Limitada Unipessoal; enquanto a SLU também poderá transformar-se em Sociedade Limitada na hipótese da entrada de novos sócios.

Dessa forma, a SLU difere-se da EIRELI pela possibilidade de ser constituída tanto por pessoa física quanto jurídica e por seu capital poder ser dividido em cotas entre os sócios, ainda que possa ser formada por um único titular.

Além disso, o Projeto prevê regras para tratativas entre o sócio e a sociedade. Conforme disposto no artigo 1.087-E, os negócios jurídicos feitos entre o sócio único e a sociedade deverão observar o objeto social e ser documentados por escrito. O descumprimento dessas regras poderá acarretar em nulidade do negócio e responsabilização ilimitada do sócio.

5.1 SOCIEDADE UNIPESSOAL DE ADVOCACIA

A Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania aprovou o substitutivo ao Projeto de Lei 166/2015 que tem a proposta de alterar o Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94) permitindo a criação de uma sociedade de advocacia composta por apenas um sócio. O projeto tramita em caráter conclusivo e se não houver recurso, poderá seguir direto para análise do Senado.

Os advogados têm sua atividade regulada pelo Estatuto da Advocacia, que além de não prever expressamente a possibilidade da constituição de uma sociedade de advogados formada por um único sócio, também afasta a aplicação do Código Civil que permite a constituição de EIRELI.

De acordo com a proposta aprovada, a sociedade unipessoal de advocacia terá o mesmo tratamento jurídico, principalmente com relação aos benefícios, de uma sociedade composta por diversos advogados. Sua denominação será obrigatoriamente formada pelo nome de seu titular, completo ou parcial, seguida da expressão "Sociedade Individual de Advocacia".

Além disso, há também a previsão de que nenhum advogado poderá integrar mais de uma sociedade de advogados, constituir mais de uma sociedade unipessoal de advocacia, ou integrar, simultaneamente, uma sociedade de advogados e uma sociedade unipessoal de advocacia, com sede ou filial na mesma área territorial do respectivo Conselho Seccional.

No mesmo sentido, existe a possibilidade da sociedade unipessoal de advocacia resultar da concentração por um advogado das quotas de uma sociedade de advogados, independentemente das razões que motivaram referida concentração

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo o que foi exposto neste trabalho, conclui-se que a Lei nº 12.441, de 11 de julho de 2011, instituiu relevante marco normativo que permite a limitação da responsabilidade da pessoa que exerce atividade econômica organizada individualmente.

Não obstante a importância da disciplina normativa para o desenvolvimento do Direito Empresarial e da economia do país, há uma série de contradições e omissões nessa lei que impulsionam a imediata necessidade de reformulá-la para permitir que ela seja aplicada com mais eficiência e segurança jurídica.

É necessário rever os pontos críticos da referida lei para que ela atinja o seu objetivo fim que é beneficiar o empreendedor solitário. Reavaliar a limitação mínima do capital investido com certeza é o principal ponto que merece discussão. Ademais, a lei merece ser reconhecida como um pontapé inicial para a “ilimitação” da responsabilidade do empresário individual que passar ter os seus bens e de sua família assegurados caso optem por esse tipo de constituição empresária.

Nesse sentido, ressalte-se que a possibilidade da constituição de uma Sociedade Limitada Unipessoal nos termos tratados, principalmente no âmbito da advocacia, fomenta a organização e o desenvolvimentos dos empresários e prestadores de serviços, permitindo uma diminuição da informalidade e aumento dos benefícios decorrentes do exercício regular da atividade pretendida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20/11/2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 6.698, de 2013 (do Senado Federal). PLS 96/2012. *Altera a Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para aperfeiçoar a disciplina da empresa individual de responsabilidade limitada e para permitir a constituição de sociedade limitada unipessoal*. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=599528>. Acesso em: 11/11/2015.

BRASIL. Projeto de Lei nº 166, de 2015 (apenso Projeto de lei nº 1.041, de 2015). PLS 96/2012. *Altera a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia*. Disponível em:

<http://s.conjur.com.br/dl/camara-autoriza-criacao-sociedade.pdf>. Acesso em: 23/11/2015.

BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário Individual de Responsabildiade Limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 17.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

______. Direito tributário, linguagem e método. 4.ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011.

CDEICS. *CDEIC aprova criação de sociedade limitada unipessoal*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdeic/noticias/cdeic-aprova-criacao-de-sociedade-limitada-unipessoal>. Acesso em: 23/11/2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 12. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, 1 v: direito de empresa.

DA SILVA, Fabiane Peres. *Alterações na legislação da EIRELI e a criação da Sociedade Limitada Unipessoal*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/40706/alteracoes--na-legislacao-da-eireli-e-a-criacao-da-sociedade-limitada--unipessoal#ixzz3rD2ueNVn>. Acesso em: 11/11/2015.

GÓIS, Fábio. *Câmara aprova escritório individual para advogados*. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/camara-aprova-escritorio-individual-para-advogados/>. Acesso em: 23/11/2015.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *A empresa individual de responsabilidade limitada*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 101, n. 915, p. 153-180, jan. 2012.

MIGALHAS. *Comissão da Câmara aprova criação de sociedade limitada unipessoal*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI204878,71043-Comissao+da+Camara+aprova+criacao+de+sociedade+limitada+unipessoal>. Acesso em: 23/11/2015.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. SRF. *Registro da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*. Disponível em:

<http://www.irtdpjbrasil.com.br/EIRELI.COSIT.pdf>. Acesso em: 25/11/2015.

PINHEIRO, Frederico Garcia. *Empresa individual de responsabilidade limitada*. Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, Porto Alegre, v. 7, n. 41, out./nov. 2011.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. *Câmara autoriza criação de sociedade individual para advogados*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-nov-10/camara-autoriza-criacao-sociedade-individual-advogados>. Acesso em 23/11/2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de Direito Empresarial: teoria geral e direito societário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v.1.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* 4.ed. São Paulo: Noeses, 2010.

II JORNADA DE DIREITO COMERCIAL. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2015. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/Enunciados_aprovados>. Acesso em: 20/11/2015.

A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO FALIMENTAR: COMO ESSE INSTITUTO COÍBE FRAUDES NA EIRELI

Iasmim Barbosa Araújo
Marcelly de Santana Batista

INTRODUÇÃO

Um dos mais importantes institutos do ordenamento jurídico brasileiro é o da personalidade jurídica, vez que é a partir dela que os indivíduos são considerados pessoas e, portanto, sujeitos de direitos e deveres, caráter que está intrinsecamente ligado à condição humana, sendo atribuído a todo aquele que nasce com vida. Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2014) preceitua que:

> Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Esse macroconceito é subdividido em duas perspectivas: a personalidade da pessoa natural e a personalidade da pessoa jurídica. A primeira diz respeito à aptidão das pessoas naturais se tornarem passíveis de direitos e deveres; já a segunda, tema do corrente estudo, se relaciona com a aquisição desse caráter pelas pessoas jurídicas, as quais podem ser definidas como a união de pessoas e bens a fim de alcançar objetivos comuns. Ela ainda é definida por Francesco Ferrara (2012) como uma "armadura jurídica para realizar de modo mais adequado os interesses dos homens", sendo atribuída com o devido registro de seu contrato social ou estatuto, a depender da sua categoria.

Nesse sentido, revelam-se como importantes representantes dessas pessoas os empresários individuais e as sociedades empresárias, uma vez que são fomentadores da economia nacional, por gerar empregos e ser uma das principais fontes de tributos. Para eles, entende a doutrina que a personalidade é uma dádiva, à medida que lhes confere segurança de investir em atividades econômicas, sem colocar em risco o seu patrimônio pessoal, baseado no princípio *societas distat singulis*. Essa liberdade, porém, possibilita a incorrência de diversas fraudes e abuso de direitos, por exemplo, o desvio patrimonial, em que bens da empresa passam para o patrimônio individual dos sócios ou empresários, não restando a ela bens suficientes para solver suas obrigações, podendo gerar, inclusive, a falência. A fim de evitar a desvirtuação dessa prerrogativa, surge o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

> A desconsideração é, pois, a forma de adequar a pessoa jurídica aos fins para os quais ela foi criada, vale dizer, é a forma de limitar e coibir o uso indevido desse privilégio que é a pessoa jurídica, vale dizer, é uma forma de reconhecer a relatividade da

> personalidade jurídica das sociedades [...] Trata-se, porém, de medida excepcionalíssima, vale dizer, a regra é que prevaleça a autonomia patrimonial, sendo uma exceção a desconsideração

Tal instituto é citado em alguns dispositivos legais do Direito Brasileiro, sendo o mais evidente o art. 50 do Código Civil de 2002:

> Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002)

É a partir do exposto que iniciamos nossa análise, que se dará no sentido de entender a finalidade da desconsideração da personalidade jurídica, principalmente no que diz respeito às empresas individuais, mesmo que a sua principal característica seja a responsabilidade limitada.

1. A PESSOA JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO E EIRELI

No ordenamento jurídico brasileiro, há dois tipos de pessoas jurídicas: a de Direito Público, entidade que reúne bens e pessoas, criada por lei para atender às necessidades do Poder Público, cumprindo as prerrogativas que cabem ao Estado; e a de Direito Privado, união de pessoas e bens visando a atingir um objetivo comum e com capacidade de realizar atos da vida civil. Entre as últimas, damos destaque à EIRELI, fi-

gura relativamente recente no âmbito empresarial brasileiro, introduzida pela Lei 12.441 de 2011, com o objetivo de suprir a necessidade dos empresários individuais de proteger o seu patrimônio pessoal, sem precisar criar uma sociedade fictícia para tal. Antes da instituição dessa modalidade empresarial, apenas as sociedades empresárias e os empresários individuais podiam atuar na exploração de atividade econômica organizada, em torno da produção ou circulação de bens e serviços. Como é sabido, na atuação do empresário individual a responsabilidade é ilimitada, alcançando o patrimônio pessoal da pessoa física, na hipótese de insolvência. Nessas situações, as pessoas que desejavam exercer atividade empresarial sem colocar em risco o seu patrimônio pessoal optavam por ou permanecer na informalidade, constituindo apenas uma empresa de fato, ou constitur sociedades fictícias, envolvendo apenas o nome de terceiro para compor a sociedade, sem que este tivesse efetiva participação no desenvolvimento da atividade.

Dessa forma, a EIRELI surge como meio de promover a regularização dos empresários individuais a partir da possibilidade de resguardar seu patrimônio pessoal, com a limitação da responsabilidade, sendo esta e outras regras aplicadas analogamente ao que se aplica nas sociedades limitadas, conforme preceitua o artigo 980-A, §6º, do Código Civil. Nesse sentido, versa Tomazette (2012): "Em suma, a EIRELI no Brasil é uma pessoa jurídica criada como centro autônomo de direitos e obrigações para o exercício individual da atividade empresarial".

Esse tipo empresarial pode ser constituído de duas formas: uma com início da atividade empresarial, o que é chamado pela doutrina de *forma originária,* e outra pela continuação de atividade regular já exercida, *forma derivada*, o que acontece, por exemplo, quando as cotas de uma sociedade passam a se concentrar nas mãos de um único sócio, que tem um prazo para

ou restituir aquela sociedade ou transformá-la em uma EIRELI. Seguida da manifestação de vontade, originária ou derivada, deverá ser realizado o registro do ato constitutivo na Junta Comercial, para que, assim, seja possível o surgimento dessa nova pessoa jurídica. Vale ressaltar que o ato constitutivo deve ser o estatuto, visto que é um ato unilateral de vontade. Em tal documento, deve constar a qualificação da EIRELI e do seu titular, bem como a integralização do capital social – que deve ser de, no mínimo, 100 vezes o salário-mínimo vigente no país.

À medida que o capital social da empresa é definido, o patrimônio pessoal do empresário não é comprometido, configurando-se maior liberdade de atuação, vez que a EIRELI tem patrimônio próprio e responde por suas obrigações. Porém, em casos excepcionais, essa limitação pode ser afastada, como é o caso do cerne do nosso trabalho: na hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, o que se dá nos casos de confusão patrimonial e, mais especificamente ao nosso estudo, nas fraudes que podem acontecer no processo falimentar.

2. ORIGENS E OBJETIVOS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Tradicionalmente, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre fora tida como fundamental, não sendo admitida sua superação, pois, como exposto, o princípio *societas distat singulis* é visto como uma dádiva e, via de regra, não pode ser desrespeitado. O mau uso dessa prerrogativa, porém, é comum desde os primórdios das atividades empresariais, o que levou à busca de um meio para reprimir esse fato. Nesse sentido, algumas decisões jurisprudenciais anglo-saxãs foram pioneiras no desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, usando expressões como “levantar o

véu da pessoa jurídica", tendo seu primeiro caso de aplicação na Inglaterra, em 1897, no caso Salomon x Salomon Co.. Em julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 14.856/SP, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que: "a situação factual historiada revelou a prática de manobras visando o esvaziamento preordenado do patrimônio, em prejuízo manifesto aos credores de obrigações positivas e líquidas, vencidas e inadimplidas ao seu termo".

No instituto da desconsideração da personalidade jurídica, são adotadas duas teorias: a maior e a menor. Segundo a teoria maior da desconsideração, esse instituto só deve ser aplicado em casos excepcionais, dada a importância da autonomia patrimonial, devendo-se, portanto, comprovar que o descumprimento de obrigações empresariais é decorrente do desvirtuamento dessa autonomia. Para a teoria menor, a desconsideração pode ser suscitada apenas com o simples descumprimento de obrigação, como, por exemplo, a insolvência, não sendo necessário comprovar que houve mau uso da personalidade distinta que têm as empresas (MAMEDE, 2011). No Brasil, ambas as teorias são adotadas, sendo a teoria maior a regra e a teoria menor usada, excepcionalmente, no direito do consumidor e no direito ambiental.

Diante do exposto, observamos certa fragilidade na teoria menor, ao ignorar a importância da autonomia patrimonial e o empenho que foi realizado para que essa separação dos bens da empresa e da pessoa física fosse possibilitada, no sentido de impulsionar a iniciativa privada e fomentar a economia; gerando, portanto, uma insegurança jurídica, à medida que permite a utilização do instituto da desconsideração sem a devida comprovação de fraude, apenas pelo simples estado de insolvência.

Para concluir, é imprescindível se fazer uma diferenciação entre o instituto da desconsideração da personalidade e o da

despersonalização, sendo este caracterizado como a anulação total da personalidade da pessoa jurídica, enquanto aquele se configura como a ineficácia momentânea da personalidade. Nas palavras de Fábio Konder Comparato (1977): “A pessoa jurídica é um instrumento muito importante para ser destruído, de modo que não se deve ocorrer a despersonalização, destruição da entidade pessoa jurídica, mas sim a suspensão dos efeitos da separação patrimonial *in caso*”.

3. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme prelecionado, o Direito Brasileiro adota a teoria maior como regra geral para aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessária, portanto, a configuração de situação de fraude ou abuso de direito relacionado à autonomia patrimonial. Em primeira análise, é importante destacar que a aplicação desse instituto pressupõe a existência de uma pessoa jurídica de direito, isto é, devidamente registrada na Junta Comercial; além disso, só é razoável a pretensão de desconsiderar a personalidade de empresas com responsabilização limitada, tal como a sociedade anônima, limitada e a EIRELI, pois nas sociedades comuns ou no âmbito da empresa individual, a responsabilização já é ilimitada, sendo o patrimônio individual dos sócios e empresários já suscetíveis ao comprometimento.

Em seguida, é requisito que tais pessoas jurídicas tenham desviado a função de sua personalidade cometendo, desse modo, ato fraudulento, isto é, utilizando a autonomia para não cumprir com suas devidas obrigações, fraudar credores, ocultar patrimônio etc. Nesse sentido, versa Alexandre Couto Silva (1999): “A fraude é a distorção intencional da verdade com o

intuito de prejudicar terceiros [...] O essencial na sua caracterização é o intuito de prejudicar terceiros, independentemente de se tratar de credores". É importante, porém, ressalvar que não é suficiente a caracterização de uma fraude para que este instituto seja aplicável, sendo necessário que haja relação direta entre a fraude e o uso da personalidade jurídica em decorrência do seu atributo de autonomia patrimonial.

Outra situação que permite a aplicabilidade do referido instituto é quando se configura o abuso de direito, ou seja, quando a pessoa jurídica desvia sua finalidade de existência, sua função social, independentemente do ato praticado ser lícito ou não, sendo relevante apenas que sua conduta gere um mal estar no meio social. Conforme Rubens Requião (1969), ao contrário da fraude, no abuso de direito o propósito de prejudicar não é essencial, podendo haver apenas o mau uso da personalidade jurídica. Exemplo disso é a subcapitalização, que se dá quando o capital social integralizado não é aplicado na empresa, mas sim subdividido entre os sócios, não restando capital adequado para realização das atividades, impedindo a empresa ou sociedade de cumprir com suas finalidades. Outro exemplo é o caso da dissolução irregular, que ocorre quando os responsáveis pela empresa ou sociedade decidem encerrar suas atividades autonomamente, sem o devido pagamento dos seus débitos.

4. APLICAÇÃO DO INSTITUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Na introdução deste trabalho, apresentamos a previsão legal da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil, em seu artigo 50. Porém, é bem sabido que os motivos que levam à desconsideração não são apenas cíveis, mas também podem apresentar outras naturezas, como consumerista ou ambiental. Logo, apresentaremos a seguir algumas das pre-

visões legais para a desconsideração da personalidade jurídica, nos mais diversos ramos do Direito.

No Código de Defesa do Consumidor, a previsão da desconsideração da personalidade jurídica se apresenta em seu artigo 28:

> O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.
>
> § 1° (Vetado).
>
> § 2° As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 3° As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.
>
> § 4° As sociedades coligadas só responderão por culpa.
>
> § 5° Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

O §5º apresenta a clara utilização da teoria menor da desconsideração, ao trazer expressamente a ideia de que pode haver a desconsideração caso haja alguma dificuldade em ressarcir prejuízos dos credores, ou seja: se for comprovada a in-

solvência, pode ser realizada a desconsideração a fim de reverter esse quadro. Porém, vale salientar que, como já foi exposto, tanto essa legislação quanto a ambiental são exceções à regra, apresentando certo extremismo na adoção desse instituto.

A Lei 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais, em seu art. 4º, dispõe que: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". Alguns autores, como Tomazette, não acreditam que haja a adoção da teoria menor da desconsideração – bem como não o haveria, para eles, na hipótese anterior –, porém, achamos acertado o entendimento de que há, sim, a adoção da teoria menor, à medida que não é exigido qualquer tipo de prova de confusão patrimonial, abuso de poder ou fraude relacionada ao mau uso da pessoa jurídica, por exemplo, para que seja efetuada a desconsideração, bastando apenas que a personalidade jurídica se torne empecilho. No mesmo sentido preceitua o STJ[36]:

> a teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial

Em outros ramos do Direito, como trabalhista, tributário e administrativo, alguns autores enxergam a aplicação do instituto da desconsideração. Contudo, entendemos que há apenas a configuração de responsabilidade solidária para os sócios, não se desconsiderando a pessoa jurídica, que, ao

36. STJ – 3ª Turma – Resp. 279.273/SP. Relatora para acórdão Ministra Nancy Andrighi, DJ de 29/03/2004.

contrário, é reafirmada como personalidade distinta da do seu titular. Portanto, mais se assemelha à aplicação do instituto da Responsabilidade Civil.

5. A DESCONSIDERAÇÃO NO PROCESSO FALIMENTAR DE UM EIRELI

O instituto falimentar pode ser definido segundo duas vertentes: econômica e jurídica. Para a primeira, a falência é entendida como uma situação de insolvência, em que as despesas são maiores que a receita da pessoa jurídica, quando se torna inviável a manutenção do seu exercício. Juridicamente falando, é um processo de execução coletiva (COELHO, 2014), por meio da qual os legitimados para propor a ação buscam liquidar o patrimônio da pessoa jurídica, a fim de arcar com as suas responsabilidades. Para tanto, entendem-se como legítimos tanto os credores que comprovarem a insolvência do devedor, quanto a própria administração daquela pessoa jurídica, à medida que veja a impossibilidade de arcar com os seus compromissos. Dito isto, conclui-se que a falência se revela como uma forma de evitar o prejuízo dos credores.

A falência, porém, representa uma situação preocupante não somente para o empresário, como também para a sociedade em geral, uma vez que fragiliza a estrutura econômica, diminui a arrecadação de tributos, reduz o número de empregos, diminui a circulação monetária, entre outras consequências gravosas não só para a pessoa jurídica em questão, mas para a ordem econômica em geral. Nesse sentido, observa-se que o processo falimentar é dotado de um interesse público, uma vez que, como já dito, gera efeitos para toda a sociedade. Desse modo, evidencia-se a necessidade de coibir fraudes nesse processo, tal como no próprio exercício da empresa. Daí, se dá a importância da aplicação do mecanismo da desconsideração

da personalidade a fim de repreender o uso indevido da pessoa jurídica com vistas a prejudicar credores e terceiros de boa-fé.

Desse modo, comprovado fraude ou abuso de poder por parte da pessoa jurídica em questão, interessado, a exemplo dos credores, pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica durante o próprio processo falimentar, não sendo necessária propositura de outra ação nesse sentido, a fim de garantir, dessa forma, a realização de seus créditos, conforme preceitua a decisão do Superior Tribunal de Justiça[37]:

> A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica dispensa a propositura de ação autônoma para tal. Verificados os pressupostos de sua incidência, poderá o Juiz incidentemente no próprio processo de execução (singular ou coletivo), levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja terceiros envolvidos, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Os terceiros alcançados pela desconsideração da personalidade jurídica da falida estão legitimados a interpor, perante o próprio juízo falimentar, os recursos tidos por cabíveis, visando a defesa de seus direitos [...] Este entendimento exsurge da própria lógica conceitual inerente à formulação da Doctrine of Disregard of Legal Entity. Verificados os pressupostos de sua incidência (uso abusivo da personificação societária para fraudar a lei ou prejudicar terceiros, como se depreende do Recurso Especial 158.051/RJ, rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, unânime), poderá o Juiz [...] levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atinja os bens dos demais sujeitos de direito envolvidos,

37. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.105/GO, Terceira Turma.

> estejam estes, ou não, sediados na mesma comarca do juízo falimentar.

Nesse sentido, torna-se pertinente questionar se o caráter de limitação da responsabilidade na EIRELI poderia também ser atingido pela aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica alcançando o patrimônio pessoal do empresário. A resposta é que sim, isso é possível, baseado tanto na premissa básica do instituto da desconsideração quanto na noção de que as empresas individuais de responsabilidade limitada são regidas analogamente pelo que dispõem as normas a respeito das sociedades limitadas, conforme preceitua o §6º do artigo 980-A: "Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, nos que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas" – e pelo fato de que estas, ao sofrerem a desconsideração, tem o patrimônio de seus sócios afetados.

Como já exposto anteriormente, antes do advento da Lei 12.441/11, o único modo de exercer a atividade empresarial de forma regular e individual era por meio da figura do Empresário Individual, que respondia ilimitadamente, sendo seu patrimônio individual afetado no processo de execução coletiva, regulado pela Lei 11.101/05 (Lei de Recuperação de Empresa), como disposto em seu art. 1º: "Esta lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor". Como podemos ver, tal dispositivo não contempla expressamente a figura da EIRELI, mostrando-se, em alguns artigos, inaplicável às peculiaridades desse tipo empresarial, como é o caso dos arts. 102 e 103, que preveem a inabilitação dos sócios ou do empresário (no caso de empresário individual), o que, na EIRELI, seria entendido como a inabilitação da própria pessoa jurídica, não do seu titular.

Essa incompletude se dá pelo fato de a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ser um instituto novo no nosso ordenamento jurídico, tendo sido criado apenas em 2011, seis anos após a Lei de Recuperação de Empresas. Com isso, no exercício jurisdicional, é necessário que se façam ponderações entre a referida lei e a realidade fática, além de analogia com o instituto da falência nas sociedades limitadas, uma vez que, tal como na EIRELI, a responsabilização é limitada apenas ao patrimônio da empresa. Essa regra, porém, é flexibilizada a partir da identificação de fraudes ou abuso, conforme forem verificados os requisitos necessários à desconsideração da personalidade jurídica, sendo o titular, dessa forma, passível de responsabilização, o que, a princípio, não ocorreria. Segundo jurisprudência do STJ[38]:

A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50 do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo.

6. JURISPRUDÊNCIA

Como exposto, por ser instituto relativamente novo, com apenas 5 anos de existência, não há ainda sólida jurisprudência a respeito da EIRELI. Daí também parte a relevância do presente estudo, já que ainda é um assunto incipiente no judiciário brasileiro, motivo pelo qual acreditamos que deve ser aplicada a analogia aos casos concretos em que for necessária a desconsideração da personalidade jurídica em EIRELI, con-

38. STJ. REsp 1.169.175/DF; Rel Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, Julgado em 17/02/2011, DJe 04/04/2011

figurando-se as mesmas consequências àquelas que recaem sobre as sociedades limitadas. Por esse motivo, apresentamos decisões jurisprudenciais de desconsideração da personalidade jurídica em sociedades limitadas.

> EXECUÇÃO Desconsideração da personalidade jurídica Sociedade limitada Indeferimento.
>
> I A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional face ao princípio da separação do patrimônio dos sócios e da sociedade. Pode ser deferida, mediante provocação, pelo Juiz, caso comprovado o “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”, nos termos do art. 50 do Código Civil.
>
> II Igualmente, a responsabilidade dos sócios na sociedade limitada torna-se ilimitada e solidária no caso de encerramento fático, ou irregular, das suas atividades, porquanto deliberação infringente de contrato ou lei, nos termos do art. 1.080 do Código Civil.
>
> III Todavia, como consiste em medida excepcional e a ilegalidade dos atos não se presume, a desconsideração da personalidade jurídica depende de prova robusta para o seu deferimento.
>
> IV - No caso, extrai-se dos autos que, apesar das dificuldades práticas enfrentadas e da ausência de ativos financeiros, a empresa está representada no processo e continua ativa. Agravo não provido[39].

Sobre esse acórdão, é interessante comentar o claro uso da teoria maior da desconsideração, exigindo provas “robus-

39. 22ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 01543079220128260000 SP 0154307-92.2012.8.26.0000. Rel Andrade Marques. Julgado em 07/02/2013.

tas” para o deferimento do pedido, não sendo suficiente que haja indícios de insolvência. Também é interessante ressaltar o destaque que é dado ao encerramento irregular da atividade empresarial como motivo que enseja a desconsideração, com a consequente responsabilização dos sócios, mesmo que em sociedade limitada.

> DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - SOCIEDADE LIMITADA - INATIVIDADE DA EMPRESA, NÃO LOCALIZAÇÃO DE SEU ENDEREÇO E BENS - PRESUNÇÃO DE CESSAÇÃO IRREGULAR DAS ATIVIDADES - BENS PARTICULARES DOS SÓCIOS -ADMISSIBILIDADE.
>
> A existência de indícios do encerramento irregular das atividades da empresa executada autoriza o redirecionamento do feito executório à pessoa do sócio (CC/02, art. 50). Possibilidade de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica para atingir bens de ex-sócios, quando demonstrado que a transferência societária ocorreu após o fato ilícito gerador da obrigação. PENHORA “ON UNE” - ATO CONSTRITIVO REALIZADO ANTES DA CITAÇÃO - RISCO DE DESAPARECIMENTO DE BENS -ADMISSIBILIDADE. Tendo em vista a preferência ao dinheiro na ordem de prelação prevista no art. 655 do CPC(Lei n. 11.382/06), inexiste óbice a que o bloqueio preceda a citação, sob a forma de arresto preparatório da penhora, em se tratando de coisa de fácil mobilidade e exaurimento. Risco de inefetividade da prestação jurisdicional. PENHORA “ON LINE” - MONTANTE DE TITULARIDADE DE TERCEIRO -DESBLOQUEIO - ADMISSIBILIDADE. Restando demonstrado, mediante declaração emitida pela instituição financeira,

> declarações de bens e rendimentos do executado e de seus pais, que a penhora "on line" incidiu sobre valor que, embora estivesse em conta conjunta do executado com sua mãe, seria de titularidade exclusiva desta, de rigor o desbloqueio, pois em princípio, é o patrimônio do devedor, que deve ser atingido pela penhora, nunca o de terceiros (CPC, art. 568). Recurso parcialmente provido[40].

Além do exposto no acórdão anterior, este soma a possibilidade incorrência em fraude como forte motivo para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, haja vista que, no caso citado, a transferência societária ocorreu com o intuito de fraudar credores e eximir a responsabilidade da pessoa devida. Analogamente, essa situação pode ser aplicada à EIRELI, se, porventura, sua titularidade for transferida com intuito fraudulento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da problemática exposta, reafirmamos a importância do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a fim de coibir abusos e fraudes contra credores que possam vir a ser cometidas no processo falimentar, como forma de garantir a segurança jurídica nos negócios realizados e também assegurar o cumprimento do preceito legal de boa-fé, previsto no art. 113 do Código Civil: "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

A grande relevância do estudo, porém, reside no fato de que ainda é incipiente a figura da empresa individual de responsabilidade limitada no ordenamento jurídico brasileiro, com escassas doutrinas e jurisprudências a respeito, além da falta de um

40. 35ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 990103871570 SP. Rel Clóvis Castelo. Julgado em 08/11/2010.

tratamento legal específico para essa modalidade empresarial no que diz respeito às questões de recuperação e falência. Desse modo, é necessário que se faça uso de analogia com o previsto para as sociedades limitadas, disciplinadas, quanto às questões falimentares, pela lei 11.101/05, que, por ser anterior à criação da EIRELI, não atende a todas as suas peculiaridades.

Por fim, salientamos que é imprescindível que as decisões no sentido de desconsiderar a personalidade jurídica sejam pautadas em argumentos fundamentados quanto ao mau uso da personalidade da pessoa jurídica, não sendo plausível o uso desse instituto motivado apenas pelo simples estado de insolvência, ou a simples incidência de fraude, haja vista que isso, ao invés de proteger a segurança jurídica dos negócios, a comprometeria, trazendo prejuízos não só para a empresa, mas também para a sociedade no geral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Vade Mecum compacto de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

________. Lei 8.078/90. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum compacto de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

________. Lei 9.605/98. **Crimes Ambientais**. Vade Mecum compacto de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

________. Lei 11.101/05. **Recuperação e Falência**. Vade Mecum compacto de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

________. Lei 12.441/11. **Dispõe sobre a instituição da EIRELI**. Vade Mecum compacto de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2014.

_______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.169.175/DF; Rel Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, Julgado em 17/02/2011, DJe 04/04/2011

_______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 16.105/GO; Rel Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, Julgado em 19/08/2003, DJ 22/09/2003.

_______. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 279.273/SP; Rel para acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA. DJ de 29/03/2004.

_______. 22ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 01543079220128260000 SP 0154307-92.2012.8.26.0000. Rel Andrade Marques. Julgado em 07/02/2013.

_______. 35ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento 990103871570 SP. Rel Clóvis Castelo. Julgado em 08/11/2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

FERRARA, Francesco. Trattato di diritto civile italiano. In: TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial:** teoria geral e direito societário. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v.1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário: sociedades simples e empresárias. v. 2. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. v. 58. Nº 410. São Paulo: RT, dez, 1969.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro.** São Paulo, LTr, 1999.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial:** Teoria Geral e Direito Societário. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RESPONSABILIDADE CIVIL: O IDOSO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DAS INSTITUIÇÕES BANCÁRIAS DO MUNICÍPIO DE ILHÉUS-BAHIA.

Jefferson Correia da Rocha

INTRODUÇÃO

O sistema bancário mundial apresenta uma relevante importância na mobilização de capitais seja em beneficio individual ou coletivo, com a premissa de desenvolvimento econômico de um determinado país.

As instituições financeiras não são meros captadores recursos de capital ou mesmo, para a concessão de empréstimos financeiros. Estes vão além, ofertando uma gama de serviços, sejam por mecanismos de: adimplemento de serviços essenciais; pagamentos de salários; repasse de benefícios de pensões e aposentadorias, dentre outros.

As sociedades que necessitam das instituições financeiras, criam mecanismo de responsabilização civil para garantir a ordem pública e civil, punindo pelos danos causados aos consumidores, que podem representar o: cidadão comum; a pessoa jurídica; os deficientes; e os idosos.

Nesse tipo de sociedade que é baseada pelo poder, principalmente pela busca continua do lucro (financeiro), o idoso geralmente surgi como um entrave no desenvolvimento, pois, para este nicho social há uma desconsideração de toda a contribuição social que os idosos deram para produção de bens, serviços e conhecimentos.

A sociedade brasileira ainda não equilibrou plenamente o *status quo* do idoso, uma vez que a os fatos cotidianos demonstram que as mínimas condições de respeito e dignidade não são efetivamente garantidas.

Grande parte população idosa brasileira percebe diversos preconceitos e problemas sociais. Idosos de 60 e mais anos batalharam por décadas para consunção do respeito e dignidade, principalmente, por um salário e melhores condições sociais.

Desse modo este trabalho justifica-se por sua relevância esclarecedora, onde, busca-se através do estudo detalhado expor se as instituições financeiras (bancos) do município de Ilhéus-Bahia atendem os direitos garantidos ao idoso assim como, a relação consumerista na prestação dos seus serviços.

Não obstante, a problemática é que será que os bancos do município de Ilhéus atendem efetivamente o Art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o parágrafo único do Art. 1º e o Art. 2º, parágrafo único, inciso I e II da Lei Municipal nº 2.782/1999?

Assim sendo, a pesquisa tem por objetivo reconhecer se há responsabilidade civil dos bancos do município de Ilhéus com idoso, caso haja inobservância da Lei Municipal nº 2.782/1999. Especificamente: conhecer o perfil dos idosos consumidores dos serviços bancários; e, expor a responsabilidade civil das instituições financeiras com dos idosos.

Para isso, realizou-se nesse estudo uma pesquisa exploratória, amostral-probabilística de observação direta extensiva com

utilização de questionário. Utilizou-se também, a pesquisa documental e bibliográfica, por meio da leitura sistemática, fichamento de livros, artigos, monografias e *sites* especializados.

Por fim, para responder ao problema da pesquisa foram considerados os seguintes parâmetros e procedimentos: aplicação de questionários com resposta de SIM, NÃO e SEM DECLARAÇÃO em situações vinculadas aos Art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e o Art. 2º, parágrafo único, inciso I e II da Lei Municipal nº 2.782/1999.

Os questionários foram aplicados nas principais instituições financeiras (bancos) do centro do município de Ilhéus. O período da aplicação dos questionários foi de 15 de novembro de 2016 a 15 de dezembro de 2016, com 325 questionários aplicados aos idosos usuários dos serviços bancários.

1. O IDOSO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Inicialmente quando questionamos um indivíduo sobre a definição do idoso, remete-se a aspectos como doenças, fragilidade, invalidez e principalmente, perda de memória. De outro modo, pode ser também relacionado aos primeiros pelos de coloração branca, que começarem a surgir no corpo (PINHEIRO JUNIOR, 2004).

Ainda Pinheiro Junior (2004, p. 03) diz que a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera o idoso, pessoa de "[...] 65 anos é o limite inicial dessa fase, enquanto a Organização das Nações Unidas - ONU considera os 60 anos o marco dessa tênue fronteira".

No âmbito da legislação brasileira, especialmente, no Art. 2º, *caput* da Lei nº 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso) o idoso é considerado como a pessoa maior de sessenta anos de idade (BRASIL, 2015).

Outrossim, segundo Brasil (2015, p. 1.137) com a vigência da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) ficou definido no Art. 1º que os direitos do idoso são “[...] destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 não apresenta apenas, disposições genéricas o qual possam ser inseridos os idosos. Mas, como preceitua Brasil (2015, p. 74) no Art. 229 que os “[...] pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

No mais, o Art. 230 da CF/88 e suas hipóteses consideram que tanto o Estado, sociedade e família, têm o dever de amparar os idosos, seja pela participação comunitária, pela dignidade e bem-estar, a oferta de programas de amparo e a gratuidade de transporte urbano coletivo (BRASIL, 2015).

Segundo Brasil (2015) outro aspecto significativo que o diploma constitucional estabelece, encontra-se nos Art. 127 e 129 da CF/88, pois, estes dispositivos conferem ao Ministério Público a defesa dos direitos coletivos da sociedade, inclusive aos idosos.

Além do mais, aos economicamente vulneráveis, o Art. 201 da CF/88, isenta o recolhimento de imposto sobre a renda, bem como assegurando o direito ao seguro social ou aposentadoria, destacando assim o idoso (BRASIL, 2015).

Nesse eito, com a diversidade de dispositivos constitucionais que garantem os direitos dos idosos foi criado o Estatuto do Idoso sob a Lei nº 10.741/2003 tendo este, o objetivo de garantir dignidade ao idoso em âmbito nacional (BRASIL, 2013).

Finalmente para Silvio Venosa (2003) ainda será necessário que todos os direitos sejam efetivados de forma plena, tratando melhor e com dignidade aos idosos, não podendo esperar que a Administração Pública.

2. AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (BANCOS) E SUA REGULAMENTAÇÃO

A regulamentação do sistema financeiro brasileiro teve como marco inicial a criação do primeiro Banco do Brasil, com o estabelecimento da Corte portuguesa na colônia, o qual teve breve atividade com o retorno de Dom João VI para Portugal, levando este do lastro de ouro que o banco detinha (BASTOS, 2003).

Com as diversas transformações internas e externas nas relações comerciais, o Brasil começou o processo de modernização jurídica do sistema financeiro nacional. Nesse eito foi sancionada a Lei nº 4.320/64, que dispõe sobre normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal (SUNDFELD, 2002).

A Constituição Federal vigente preceitua que o sistema financeiro nacional é inerente ao setor privado, sendo este disciplinado no Art. 192 da CF/88, para promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir os interesses da coletividade (BRASIL, 2015).

Assim sendo as instituições financeiras (bancos) é toda pessoa jurídica pública ou privada, constituída no seguinte objeto social: aquisição de recursos financeiros, individuais e terceiros; podendo realizar intermediação e aplicação destes recursos, podendo ser moeda corrente e estrangeira; realizando assim a custódia de valores de pessoa proprietária (OLIVEIRA, 2006).

Vale dispor que, os recursos ofertados pelas instituições financeiras podem ser fundamentais e acessórios. Caso sejam fundamentais visam à intermediação do crédito e acessórias quando voltadas à captação de fundos, responsabilidades e obrigações para com os clientes (SCHONBLUM, 2004).

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) externa em seu Art. 3º, § 2º, que o banco é um fornecedor nos seguintes termos:

> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (BRASIL, 2015, p. 811).

Nesse sentido para Nelson Nery Junior (2004, p. 526) o produto da atividade negocial do banco são os serviços, pois este "[...] agem [...], ainda, na qualidade de prestadores de serviço, quanto recebem tributos mesmo de não cliente, fornecem extratos de contas bancárias por meio de computador [...]".

Finalmente caso as instituições financeiras ofertem serviços defeituosos, informações insuficientes ou inadequadas, respondem pelos danos caudados na forma do Art. 14 do CDC, reparando o consumidor na proporção do dano (BRASIL, 2015).

3. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE NAS PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

A definição da dignidade da pessoa humana para Lenza (2015. p. 1514) apresenta-se "[...] como direito de proteção individual em relação ao Estado e aos demais indivíduos e como dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes".

Contudo pode este princípio fundamental ser ampliado além do artigo 5° da CF/88, não colidindo assim, com a vontade do constituinte originário. Nesta linha Dimoulis (2014) entende que a dignidade da pessoa humana possui:

> [...] caráter universal [...] e constitui, segundo o inciso III do art. 1°, um dos "fundamentos" do Estado brasileiro. Em face de seu caráter de princípio fundamental, todos devem gozar dos direitos necessários à sua preservação e/ou concretização. Combinando essa disposição com o art. 5° da CF,

> poder-se-ia proceder a uma interpretação extensiva deste último e reconhecer a titularidade dos direitos a todas as pessoas (DIMOULIS, 2014, p. 76).

Dessa forma, não há obscuridade na Constituição Federal de 1988, quanto ao mérito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que será o balizador de uma vasta gama de direitos fundamentais, coletivos ou individuais, constantes no artigo 5º, principalmente nos que versam sobre a dignidade e o dever de amparar as pessoas idosas positivada no artigo 230 da CF/88 (BONAVIDES, 2010).

Ainda para Alvarenga e Carvalho (2014) numa análise do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aplicada aos serviços prestados pelos bancos, considerando situações concretas, a exemplo da espera nas filas para atendimento, vê-se, cotidianamente, o descaso das instituições financeiras ao prestarem serviços aos consumidores, afrontando a dignidade humana de seus próprios clientes.

Nesse sentido, as instituições financeiras (bancos) sujeitam-se ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) por haver uma relação de consumo com o idoso, principalmente, no Art. 4º, *caput* do código consumerista (BRASIL, 2015).

Esse dispositivo supracitado, objetiva o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde, segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (ALVARENGA; CARVALHO, 2014).

Como relação aos serviços bancários O Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE) na edição da Súmula nº 4 definiu que a "[...] espera em fila de agência bancária, por tempo excessivo, caracteriza falha na prestação do serviço e poderá ensejar reparação por danos morais" (TJSE, 2011).

4. DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

A causa e efeito da coexistência entre a ação ou omissão de um agente, assim como, verificando-se o dano, configura-se no que a doutrina majoritária utiliza como relação de causalidade (GONÇALVES, 2014).

Conforme Gonçalves (2014, p. 59) sem a existência da relação de causalidade entre a ação e o dano "[...] não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indeniza".

No mais, de acordo com Tartuce (2011, p. 419) a relação de causalidade "[...] constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém".

Corroborando com a Figura 1, Tartuce (2011, p. 420) externa que "[...] a responsabilidade civil, mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente". Nesse sentido, caso fato configure o dano sem a causa está relacionada com a ação do agende ofensor, inexiste a obrigação de indenizar (TARTUCE, 2011).

Figura 1 – Diagrama da relação de causalidade entre a ação e o dano.

Fonte: elaborado pelo autor.

Por fim, conforme Cavalieri Filho (2012) é indispensável a relação de causalidade, em sede de responsabilidade civil objetiva, não podendo responsabilizar o indivíduo a quem não tenha dado causa ao fato.

5. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo Stoco (2007, p.114) a "[...] noção da responsabilidade pode ser haurida da própria origem da palavra, que vem do latim *respondere*, responder a alguma coisa, ou seja, a necessidade que existe de responsabilizar alguém pelos seus atos danosos".

Desse modo a responsabilidade suscita o ato danosa de alguém que, tendo ação ou omissão ilícita, infringi uma norma jurídica legal ou contratual, percebendo-se, dessa maneira, às consequências do seu ato, tendo assim a obrigação de reparar (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012).

Neste caso Gagliano e Pamplona (2012) diferencia a responsabilidade civil da criminal nos seguintes termos:

> [...] na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, [...], enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa), [...] (GAGLIANO; PAMPLONA, 2012, p. 48).

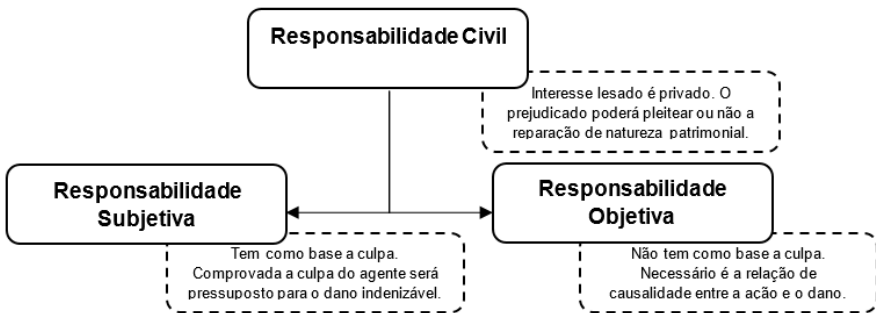
A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que emana para reparar o dano resultante da violação de um dever jurídico originário. Dessa maneira, toda ação de uma pessoa que, que infringi o dever originário, acarreta prejuízo à terceiro (GONÇALVES, 2014).

Segundo Brasil (2015) o Código Civil de 2002 preserva o princípio da responsabilidade com alicerce na culpa, como consta no artigo 927 caput e parágrafo único:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2015. p. 210).

Assim, na responsabilidade civil, a importância se dá na lesão do privado. Pois, o prejudicado será capaz de requerer ou não a reparação do dano. Todavia, a responsabilidade civil é diretamente patrimonial (GONÇALVES, 2014).

Outrossim, segundo a Figura 2, pode-se destacar que a responsabilidade civil é imputada ao agente causado do dano por dois prismas: pela percepção da responsabilidade subjetiva; e, na responsabilidade objetiva (DINIZ, 2014).

Figura 2 – Diferença entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Fonte: elaborado pelo autor.

Para Diniz (2014) a responsabilidade civil subjetiva pressupõe que a culpa é o fundamento norteado para demandar a reparação do dano. Não havendo a comprovação da culpa, não há de ser imputar responsabilidade.

Diversamente, a responsabilidade civil objetiva considera que, o dano seja reparado independente da culpa do agente. Esse entendimento se dá, por considerar que para satisfazer a imputação da responsabilidade é necessária a relação de causalidade entre a ação e o dano (GONÇALVES, 2014).

6. O PERFIL DOS IDOSOS CONSUMIDORES DOS SERVIÇOS BANCÁRIOS

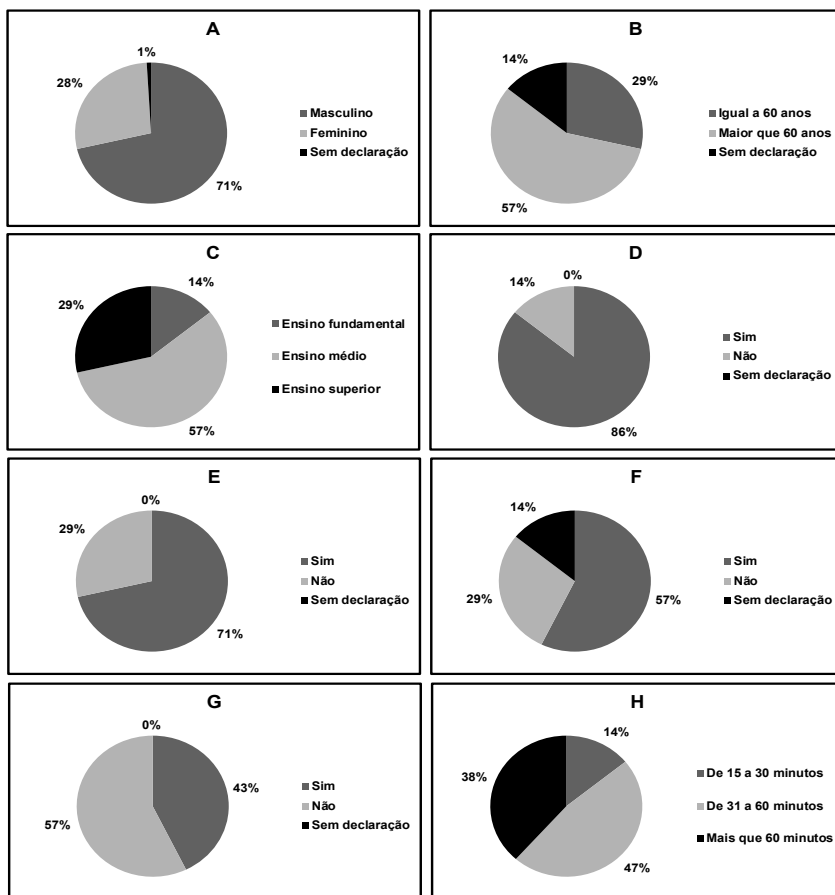
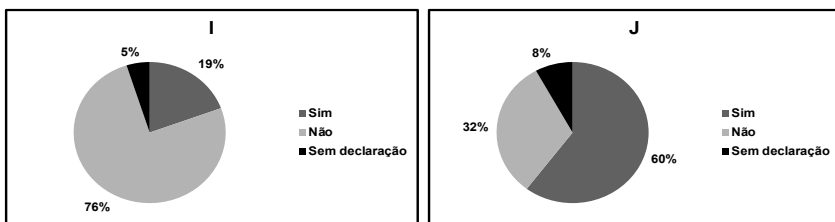
Depois da aplicação dos questionários, tabulação e analise, a pesquisa chegou-se aos seguintes resultados: segundo a Figura 3 (Critério – A) dos 325 questionários aplicados, 71% dos idosos são do sexo masculino; 28% são do sexo feminino e 1% não declarou o sexo; e, no (Critério – B) que 57% dos idosos tem idade maior que 60 anos.

Quanto ao (Critério – C), 57% dos questionados tem nível superior, sendo que, 29% tem nível médio e 14% tem ensino fundamental. Analisando o (Critério – D), cerca de 86% dos idosos frequentemente utilizam os serviços dos bancos do município de Ilhéus.

No (Critério – E), cerca de 71% dos questionados percebem o bilhete (senha) com o horário de recebimento e de atendimento sendo que, 29% dos idosos responderam que não recebem qualquer espécie de bilhete de atendimento. Ainda, 57% dos idosos utilizam a fila de atendimento comum. Esse resultado encontra-se no (Critério – F) da Figura 3, pois, apresenta verdadeiro descompasso quanto aos 29% que não utilizam a fila comum.

Considerando o (Critério – G), cerca 57% dos idosos utilizam a fila de atendimento preferencial. Ademais, aproximadamente 43% dos idosos responderam que não utilizam a fila preferência.

Ademais, com a analise do (Critério – H), 14% levam de 15 a 30 minutos para serem atendido, ao passo que 38% permanecem na fila de atendimento de 31 a 60 minutos e o mais grave, cerca de 47% dos idosos levam mais de 60 minutos para ser atendidos.

Figura 3 – O perfil dos idosos consumidores dos serviços bancários segundo o Quadro dos questionários aplicados.

*Critérios: (A = sexo); (B = idade); (C = escolaridade); (D = Frequência de utilização dos serviços dos bancos); (E = Adquiri ou retira senha); (F = Utiliza fila comum); (G = Utiliza a fila preferência); (H = tempo permanece na fila); (I = conhecimento da Lei Municipal nº 2.782/1999); e, (J = conhecimento da Lei nº 10.741/2003).

Fonte: elaborado pelo autor.

Por último, segundo o (Critério – I) cerca de 76% dos idosos desconhecem a Lei Municipal nº 2.782/1999 que regulamenta e disciplina as atividades dos estabelecimentos bancários em Ilhéus. Diversamente ao mencionado, no (Critério – J) da Figura 3, cerca de 60% conhecem o Estatuto do Idoso, previsto na Lei nº 10.741/2003.

7. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS (BANCOS)

Com a pesquisa e os dados analisados anteriormente externados percebe-se, que as Instituições Financeiras (Bancos) do município de Ilhéus-Bahia, tem exercido determinada conduta "gravíssima" em relação ao idoso, podendo este, pleitear uma reparação pelo dano sofrido.

A exposição dos critérios da pesquisa acabou demonstrada que os bancos de Ilhéus, desconsideram efetivamente o Art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e o Art. 2º, parágrafo único, inciso I e II da Lei Municipal nº 2.782/1999.

Prova do supramencionado é materializado no (Critério – H) da Figura 3, onde, cerca de 47% dos idosos questionados permanecem da fila de atendimento nos bancos de 31 a 60 minutos.

Ademais, considerando o mesmo critério, 38% dos idosos consumidores dos serviços das instituições bancárias esperam para serem atendidos por mais que 60 minutos. Ou seja, totalizando assim cerca de 85% de idosos que permanecem na fila de atendimento bancário por mais de 30 minutos.

Nesse sentido o Parágrafo único do Art. 1º e o Art. 2º, parágrafo único, inciso I e II da Lei Municipal nº 2.782/1999 que tratada da caracterização do abuso dos estabelecimentos bancários em constranger seus usuários (consumidores) a um tempo de espera para o devido atendimento dispõe que:

> Art. 1º [...].
>
> Parágrafo Único - Caracterizar-se-á abuso ou infração dos estabelecimentos bancários, para efeitos dessa Lei, aqueles casos em que comprovadamente, o usuário seja constrangido a um tempo de espera para atendimento superior a quinze minutos.
>
> Art. 2º - Para comprovação do tempo de espera os usuários apresentarão o bilhete "senha" de atendimento, onde constaram impressos mecanicamente, o horário de recebimento da "senha" e o horário de atendimento do cliente.
>
> Parágrafo Único – Para efeitos desta Lei entende-se como tempo razoável para atendimento: I – até 15 minutos em dias normais; II – até 30 minutos em vésperas ou após feriado prolongado (CMI, 1999, p. 1).

Observa-se que a infração do fornecedor do serviço bancárias é objetiva visto que, o tempo de constrangimento na espera de atendimento é superior a 15 minutos. Se considerarmos

a soma dos itens anteriores, 85% os idosos (cerca de 279 questionados) extrapolam o limite de 15 a 30 minutos para atendimento, previsto no parágrafo único do Art. 1º e no Art. 2º, parágrafo único, incisos I e II da Lei Municipal nº 2.782/1999.

Outrossim, a conduta dos bancos de Ilhéus fere cumulativamente o Art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), da garantia de prioridade de atendimento as pessoas idosas com idade igual ou superior a 60 anos. Verossímil é a alegação do dano causado ao idoso que permanecem por mais de 30 minutos na fila de atendimento, pois, o Estatuto do Idoso assegura que:

> Art. 3º É obrigação [...], [...] **assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito** [...], à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. **Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população**; [...] (BRASIL, 2015, p. 45).

Assim, é obrigação dos entes públicos ou privados assegurar ao idoso (absoluta prioridade) a efetivação do seu direito quer dizer, o idoso deve ter atendimento preferencial imediato e individualizado.

Permanecer por mais de 30 minutos na fila de atendimento é de fato, um dano que é suportado pelo idoso. Nesse eito, por premissa salutar, os bancos do munícipio de Ilhéus figuram na devida reparação do dano pelo constrangimento.

No mais, tratando-se de responsabilidade civil dos bancos (fornecedor de serviços) por danos causados aos idosos, este, responde objetivamente independentemente da existência da culpa como versa o Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

O Tribunal de Justiça da Bahia (TJBA) proferiu acórdão com base na inteligência do Art. 14 do CDC, considerando o fornecedor do serviço responsável objetivamente pelo dano do usuário, que permaneceu até tempo superior positivado por lei municipal, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **ESPERA EM FILA DE BANCO. PERÍODO SUPERIOR AO ESTIPULADO EM LEI MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14, DO CDC. DANO MORAL IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO**. REDUÇÃO. **Comprovado que o usuário permaneceu a espera de atendimento por período superior ao estipulado em lei municipal**, deixando de realizar outros compromissos pessoais, além de estar exposto a desgaste físico e emocional, **caracterizado defeito na prestação do serviço a ensejar indenização por danos morais. Inteligência do art. 14, do CDC. Precedentes jurisprudenciais**. Necessidade de redução do quantum indenizatório para R$ 2.000,00, com vistas à evitar enriquecimento ilícito da parte. Apelação parcialmente provida. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000850-85.2014.8.05.0216, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 28/04/2016)[41].

Assim sendo, a responsabilidade civil das instituições financeiras (bancos) de Ilhéus é objetiva, no esteio do Art. 14 do CDC, sem a necessidade da comprovação da culpa. Até porque, no bojo da pesquisa foi também demonstrado no (Critério – E) que 71 % dos idosos adquirem o bilhete “senha” para ter o devido atendimento bancário.

41. JUSBRASIL, 2016.

No mais, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro prescreve de forma inequívoca que todo fornecedor de serviços bancários, seja estatal ou privada, deve atentar não só para a necessária proteção da dignidade do idoso, mais sim, para todo consumidor dos serviços.

Finalmente, considerando as informações e analise, percebe-se que os estabelecimentos bancários do município de Ilhéus são imputados por Responsabilidade Civil Objetiva visto que: demonstram falhas na prestação dos serviços bancário na forma do Código de Defesa do Consumidor; configura lesão e direito de reparação, por manter o idoso por mais de 30 minutos na fila do banco; não observa a Lei Municipal nº 2.782/1999; viola o princípio da dignidade da pessoa do idoso; e, principalmente, o descumprimento do atendimento prioritário imediato e individualizado previsto no Estatuto do idoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prestação de serviços das Instituições Financeiras (Bancos) no município de Ilhéus-Bahia aos idosos é sem dúvidas, um fato a ser considerado judicialmente. Destarte, tem por base a falta de observância das leis constitucionais e infraconstitucionais assim como, a responsabilidade civil objetiva da conduta do banco evitar qualquer tipo de dano aos idosos.

A sustentação dessa afirmativa é comprovada com os resultados conseguidos com a pesquisa de campo. A realidade que os idosos passam é alarmante, dado que para caracterizar a responsabilidade civil dos bancos 85% dos questionados são constrangidos a permanecer por mais de 30 minutos na fila de atendimento.

Considerando a Figura 3, foram observados aspectos significativos que dão base à responsabilização dos bancos: mais de 57% dos idosos utilizam fila de atendimento comum, contrariando o que positiva o Estatuto do Idoso; e, ainda que, 43% dos questionados não são atendidos em fila preferencial.

A pesquisa é denunciadora, quando apresenta que cerca de 85% dos questionados sofrem pela demora excessiva na fila do banco. Os Bancos além de não atentarem para as condições garantidoras do ordenamento jurídico vigente, descumpre diretamente o preceito consumerista do artigo 14 da CDC e da Lei Municipal nº 2.782/1999. Ao fornecedor dos serviços é responsabilizado objetivamente pelos danos causados aos seus usuários.

Por essa responsabilidade civil objetiva e descumprimento do Art. 3º, parágrafo único, inciso I da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), cabe ao idoso requer seus direitos não só como consumidor, mas sim, como pessoa digna de usufruir condições especiais de atendimento.

Em vista disto, justo se faz a demanda judicial, por pertinente e fidedigna direito, que as Instituições Bancárias do município de Ilhéus sejam condenadas a devida reparação e indenização do dano causado, conforme jurisprudência pacificada do Tribunal de Justiça da Bahia.

Além do mais, dos fundamentos ostentados na pesquisa, temos que o fato do idoso ficar por tempo desarrazoado na fila de atendimento bancário, configura dano moral por violar a dignidade da pessoa humana segundo arrimo do A**rt. 1º, inciso III** da CF/88, cumulado com o que dispõe o inciso X do Art. 6º do CDC, assim como, no que garante o Art. 5º, inciso XXXII da CF/88.

O próprio legislação vigente ratificou no Estatuto do Idoso, especificamente, no artigo 71 parágrafos 1º a 4º, que numa ação judicial este, terá prioridade na tramitação dos processos e procedimentos, em qualquer instância.

Contudo, devem os idosos conhecer os dispositivos que garantes seus direitos, assim como, as regras pertinentes das relações de consumo e da sociedade. A responsabilidade civil deve ser pressuposto eficaz na repressão e reparação do dano, caso os bancos venham constranger não só os idosos, como também qualquer consumidor de seus serviços.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

ALVARENGA, Fabiana Cristina; CARVALHO, Marco Cesar de. **Da Espera Excessiva em Fila De Banco: da Afronta ao Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 2, dez. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/45643/32800>. Acesso em: 28 nov. 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). **NBR 6022, 6023, 6024, 6028, 10520**: informação e documentação: apresentação de publicações periódicas, referências bibliográficas, numeração progressiva, resumos, apresentação de citações. Rio de Janeiro, 2003.

BASTOS, Celso. **Curso de Direito Econômico**. São Paulo: Celso Ribeiro editor, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. ed. 26. Rio de Janeiro: Malheiros, 2010, p 289-290.

BRASIL. **Constituição Federal 1988, Código Civil, Código de Processo Civil e Código de Defesa do Consumidor.** Organização de textos, notas remissivas e dos textos integrais das Emendas Constitucionais. *Vade Mecum*: obra coletiva. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

________. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do idoso) e legislação correlata [recurso eletrônico].** 3º ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação Edições Câmara, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CÂMARA MUNICIPAL DE ILHÉUS (CMI). **Lei nº 2.782 de 04 de junho de 1999 (Estabelecimento Bancário infrator do direito do consumidor)**. Disponível em: < https://leismunicipais.com.br/a/ba/i/ilheus/lei-ordinaria/1999/279/2782/lei-ordinaria-n-2782--1999-dispoe-sobre-sancoes-administrativas-a-estabelecimento-bancario-infrator-do-direito-do-consumidor-e-da--outras-providencias > . Acesso em: 20 nov. 2015.

DIMOULIS, Dimitri. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil anotado**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. V. 3. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos. **Direito civil esquematizado v.3**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto**. 8º ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2004.

JUSBRASIL. **Apelação, Número do Processo: 0000850-85.2014.8.05.0216 (APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ESPERA EM FILA DE BANCO. PERÍODO SUPERIOR AO ESTIPULADO EM LEI MUNICIPAL)**. Dis-

ponível em: < http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/348641329/apelacao-apl-8508520148050216?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25 nov. 2016.

OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. **Moeda, Juros e Instituições Financeiras: Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

PINHEIRO JUNIOR, G. **Sobre alguns conceitos e características de velhice e terceira idade: uma abordagem sociológica**. PUC CAMPINAS. Campinas: PUC CAMPINAS, 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/Ilheus/Downloads/1255-2059-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SERGIPE (TJSE). **Súmula nº 04**. Aracaju: TJSE, 2011. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portal/arquivos/documentos/publicacoes

/sumulas/sumula-004-IUJ-002-2011.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2016.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Econômico Brasileiro** 1º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SCHONBLUM, Paulo Maximilian. **Contratos Bancários**. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, S. **Direito Civil: direito de família, coleção direito civil**, v. 6, 3º ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Juliana Soares Viga

INTRODUÇÃO

O direito de propriedade tem profunda relação com a preservação do meio ambiente e com a garantia da dignidade da pessoa humana, pois é sobre a terra que o homem desenvolve suas atividades econômicas e sociais, cujos reflexos interferem direta e indiretamente sobre o usufruto dos recursos naturais pelas presentes e futuras gerações.

O direito de propriedade, a princípio, fora considerado um direito absoluto do indivíduo, mas ao longo dos tempos sofreu significativa modificação no âmbito nacional e internacional.

Atualmente, não há que se falar em direito de propriedade absoluto, mas em um direito individual que deve adequar-se aos interesse da coletividade, o que se denominou de função social do direito de propriedade.

Além da função social, a propriedade particular deve atender aos princípios de proteção ao meio ambiente como forma de garantir o usufruto dos recursos naturais pelas presentes e futuras gerações, o que se denominou de função socioambiental da propriedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana assegura a qualidade de vida dos indivíduos, o que implica em preservação dos recursos naturais para as presentes e futuras gerações, justificando a limitação do direito de propriedade a sua função socioambiental.

1. HISTÓRICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Discutir sobre a propriedade é de fundamental importância para a preservação do meio ambiente, pois é sobre a terra que o homem desenvolve suas principais atividades, as quais afetam direta e indiretamente a preservação dos recursos naturais.

Primeiramente, faz-se necessário traçar um breve panorama histórico a respeito do direito de propriedade e dos instrumentos constitucionais e legais de proteção a tal direito, verificando-se a evolução do seu exercício, diante das peculiaridades sociais e ambientais.

Os povos primitivos sempre enxergavam a terra como um bem coletivo, de acordo com SANTOS (2003, p. 36). Estes povos tradicionais, que viveram e ainda vivem nas florestas da Amazônia, aprenderam “a respeitar e viver em harmonia com a natureza, tirando dela seu sustento e de toda a sua família, sem degradar, desmatar ou esgotar os recursos naturais”, nos ensinamentos de Silveira (2008, p.15).

Esse direito sobre a terra, denominado de direito de propriedade, sofreu profundas modificações ao longo das civilizações.

Com a Revolução Francesa, a propriedade passou a ter um caráter individual e absoluto, lembra SANTOS (2003, p. 37), tendo sido inserido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como um direito sagrado e inviolável, só podendo o proprietário ser privado da mesma, mediante justa e prévia

indenização, exceto nos casos de necessidade pública legalmente comprovada.[42]

O Código Civil Napoleônico (1804), em seu art. 544, com uma ideologia liberal, proclamou que a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, conquanto que não faça uso proibido pela lei ou pelos regulamentos.[43]

No entanto, o caráter absoluto da propriedade foi sendo contestado aos poucos. Santos (2003, p.37) relembra que a "Encíclica *Rerum Novarum*, assinada pelo Papa Leão XIII, já pregava a necessidade de amenizar o exercício do direito de propriedade, vinculando-o a uma função social".

Essas ideias ganharam destaque na Europa, em meio à Revolução Industrial, ensina SANTOS (2003, p.37), tendo o direito de propriedade recebido limites e condicionantes, com vistas a promover o bem estar de toda uma comunidade, com intervenção do Estado, se necessário.

No âmbito internacional, SANTOS (2003, p.37) registra que a partir do século XX, a concepção do direito de propriedade foi relativizada para se inserir a famigerada função social, que, atualmente, permeia o direito fundamental de propriedade. Naquela época, constatava-se uma discrepância entre igualdade formal e desigualdades materiais, de acordo com ZAKKA (2007, p. 46), o que propiciou o surgimento do Estado do Bem Estar Social e, por conseguinte, novas concepções do direito de propriedade, com limites embasados na função social.

Uma das primeiras constituições a introduzir a concepção de função social da propriedade foi a Constituição do México de 1917, em seu artigo 27, parágrafo terceiro[44]:

---

42. Art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

43. Disponível em: <file:///C:/Users/Juliana/Downloads/Code_41.pdf> Acesso em: 10 de nov de 2016.

44. Disponível em: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf> Acesso em: 10 de nov de 2016.

> "La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedade".

A Constituição de Weimar (1919), da mesma forma, previu limites ao exercício do direito de propriedade, em seu art. 153, dispondo que; "A propriedade é garantida pela Constituição. Seus conteúdos e seus limites são fixados em lei. A propriedade acarreta obrigações. Seu uso deve ser igualmente no interesse geral".

A propriedade deixou de ser algo sagrado e inviolável e passou a ser considerada um direito limitado e condicionado, con-

templando o Estado Social, voltado para a obtenção da justiça social e do bem comum.

Atualmente, a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha traz tal regulamentação em seu artigo 14, da seguinte forma:

> Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]
>
> (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.
>
> (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.
>
> (3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários.[45]

No Brasil, a Constituição Federal de 1824, do período colonial, garantia o direito de propriedade nos moldes individual e absoluto, trazendo uma eventual limitação a tal direito de forma excepcional, com a consequente indenização ao proprietário.[46]

---

45. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Acesso em: 10 de nov de 2016.

46. Constituição Federal de 1824: Art. 179, XXII – A inviolabilidade dos Direito Civis, Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXII – É garantido o Direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será ele previamente indemnizado do valor dela. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indemnização.

Adentrando no período republicado, a Constituição de 1891 manteve a plenitude do direito de propriedade, porém especificou a possibilidade de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização.[47]

O Código Civil de 1916 manteve esse caráter individual e absoluto da propriedade privada, conforme se verifica no art. 524: "A lei assegura ao proprietário, o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua".

Somente com a Constituição Federal de 1934, o direito de propriedade apresentou-se com viés coletivo, influenciado pela Constituição Mexicana (1917) e a pela Constituição de Weimar (1919), tendo recebido a ideia de função social da propriedade, onde o uso da propriedade ficou subordinado à observância do interesse social, sendo esta uma condição para sua legitimação.[48]

No que diz respeito à incorporação da função social da propriedade no ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina de Mattos (2003, p.55) esclarece: "Assim, a partir de 1934, a noção da função social da propriedade passou a ser incorporada a um texto constitucional brasileiro e, nesse sentido, a Constituição de 1934 representa um marco inaugural de uma mentalidade nova que passa a se formar no país, mesmo que muito lentamente, pela qual o exercício do direito de propriedade, para ser legítimo, deve andar *pari passu* com o interesse da sociedade, não podendo sobrepor-se a esse".

---

47. Constituição Federal de 1891: Art. 72, §17 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §17 – O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

48. Constituição Federal de 1934: Art. 113 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

Na sequência, a Constituição Federal de 1937, apesar de não fazer referência ao princípio da função social da propriedade, manteve a mesma linha da Constituição antecessora, repetindo, inclusive, o preceito que vedava o exercício do direito de propriedade de forma contrária ao interesse social e coletivo[49]. Entretanto, esse exercício ficou condicionado à regulamentação infraconstitucional, o que significou um retrocesso, na opinião de LOUREIRO (2003, p. 93-94).

A Constituição Federal de 1946 resgata a preocupação em garantir um direito de propriedade voltado aos interesses da coletividade, ao garantir a desapropriação fundada no interesse social, além das hipóteses de necessidade e utilidade pública, assegurando-se e justa e prévia indenização em dinheiro.[50]

O texto constitucional de 1946 inovou o ordenamento jurídico ao prever o condicionamento do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social, em seu art. 147: "O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos". Este foi, sem dúvida, um nítido reconhecimento da função social da propriedade.

A primeira Constituição Federal Brasileira a conceber expressamente o princípio da função social da propriedade foi a de 1967, em seu artigo 157: "A ordem econômica tem por fim

---

49. Constituição Federal de 1937: Art. Art. 122 – A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 14) O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

50. Constituição Federal de 1946: Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: §16 – É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito à indenização ulterior.

realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: III – função social da propriedade”.

Contudo, foi a Constituição Federal de 1988 que trouxe a maior amplitude da função social da propriedade. O art. 5º, XXIII da CF/88 explicita tal princípio:

> “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

2. FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A atual Carta Constitucional, além de garantir o direito de propriedade ao indivíduo, prescreveu que este direito atenderia a sua função social, propiciando uma harmonização entre o direito individual e o coletivo.

Na concepção de Campos Júnior (2005, p. 106), “sem o atendimento da função social que lhe foi imposta pela Constituição, a propriedade perde sua legitimidade jurídica, e o seu titular não pode mais arguir em seu favor o direito individual de propriedade, devendo se submeter às sanções do ordenamento jurídico para ressocializá-la”.

O texto constitucional em vigor ainda manteve a previsão de desapropriação por necessidade, utilidade pública ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização, em seu art. 5º, XXIV[51].

---

51. Constituição federal de 1988: Art. 5o, XXIV - Todos são iguais perante a lei, sem dis-

A Constituição Republicana de 1988 estabeleceu que um dos princípio da ordem econômica é a função social da propriedade, conforme se verifica no art. 170, inciso III:

> "Art. 170 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> (...)
>
> III - **função social da propriedade**;
>
> (...)
>
> VI – **defesa do meio ambiente**, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
>
> VII – **redução de desigualdades regionais e sociais** (...)

Condicionar a economia do país à função social da propriedade, com vistas à defesa do meio ambiente reflete uma nova ética de desenvolvimento, intitulada de "desenvolvimento sustentável". O viés social deste desenvolvimento sustentável consiste na erradicação da pobreza, na redução de desigualdades regionais e sociais, os quais encontram-se evidentes na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento[52].

---

tinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

52. Princípio n. 5 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento - Para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo.

O Constituinte de 1988 não limitou a função social à propriedade urbana, mas explicitou no art. 186 a obrigatoriedade dos imóveis rurais atenderem a tal princípio. Vejamos:

> Art. 186. **A função social é cumprida quando a propriedade rural atende**, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> (...)
>
> II - **utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente** (...)

A Constituição atual, considerada o marco na proteção do meio ambiente, vinculou a função social da propriedade rural à utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente.

A função social da propriedade, fundamentada na Constituição Federal, "não aniquilou a propriedade privada, apenas reestruturou esse instituto, para adequá-lo ao novo contexto social onde a ecologia tem um papel preponderante e influencia o modo de disposição e fruição do direito", segundo Santos (2003, p. 41).

O Código Civil de 2002 não ficou atrás na proteção ambiental para a consecução da função social da propriedade:

> "Art. 1.228: § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam **preservados**, de conformidade com o estabelecido em lei especial, **a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas**".

O direito de propriedade, portanto, constitui uma relação jurídica entre o proprietário e a coletividade, pois em que pese o proprietário usufruir do direito de usar, gozar e dispor de sua propriedade, ele deve se abster de praticar condutas que comprometam a fauna, a flora e todo o equilíbrio ecológico, com o intuito de preservar o meio ambiente, direito de toda a sociedade.

Na doutrina de AMADO (2015, p. 75), operou-se a "ecologização da propriedade".

Atualmente já se fala em princípio da função socioambiental da propriedade, pois um dos pressupostos para que a propriedade alcance a sua função social é o cumprimento da legislação ambiental.

Coadunando-se com tal entendimento, o STJ já se manifestou a respeito da aplicação desse princípio:

> "Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel, pois antes até 'da promulgação da Constituição vigente, **o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente**' (EResp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse" (Resp 1.240.122, de 28.06.2011).

No mesmo sentido, se manifesta o STF, em passagem de um julgado:

> "**O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio am-**

> **biente constituem elementos de realização da função social da propriedade**". "(...) **só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade**" (ADI 2,213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2002, DJ de 23/04/2004).

Diante de toda a evolução legislativa ocorrida com o direito de propriedade, Sousa (1994, p. 59) assevera que: "a evolução do direito de propriedade em toda a sua problemática é corolário da própria evolução do homem enquanto criador do direito". A propriedade não pode mais ser analisada isoladamente, visto que ela faz parte de um conjunto de componentes políticos, econômicos e sociais.

Na doutrina de Feitoza (2012, p.48), "a função social da propriedade, nos dias atuais, não representa uma limitação, mas um ajuste do seu conteúdo e fins, voltados que devem ser para a satisfação de políticas públicas e bem-estar coletivo". O autor assevera, ainda (2012, p. 45), que "a imposição da função social à propriedade, se justifica pelo fato de existir um desequilíbrio entre as aspirações humanas e os bens dispersos pelo planeta, exigindo, portanto, uma norma jurídica como instituto regulador dessas disparidades existentes".

Com o passar dos anos e a utilização de novos métodos de produção, a exploração dos recursos naturais intensificou-se, implicando em ameaça real de extinção de espécies da fauna e da flora, além de comprometer a capacidade de suporte da terra,

o que fez nascer a necessidade premente de preservar áreas de especial interesse ambiental, a fim de manter a biodiversidade nestes locais, atendendo às necessidades das futuras gerações.

Diante disto, a Constituição Federal de 1988 contemplou um profuso arcabouço de proteção ambiental no capítulo VI e arrolou normas de proteção a áreas de relevante interesse ambiental e de proteção às espécies:

> "Art. 225/CF - **Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> (...)
>
> III - **definir**, **em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos**, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
>
> (...)
>
> VII - **proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade**."

Incumbe ao Poder Público, portanto, delimitar áreas com regime especial de proteção, a fim de efetivar o direito funda-

mental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, garantindo a manutenção da biodiversidade brasileira.

Ressalte-se que a criação de tais espaços poderá se dá mediante lei ou Decreto (competência administrativa comum dos entes federados), mas a alteração ou a extinção dos espaços especialmente protegidos somente dar-se-á por lei em sentido estrito.

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal n. 6.938/81, já previa a criação de espaços ambientais protegidos pelo Poder Público, como instrumento de efetivação da política nacional do meio ambiente:

> "Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:
>
> (...)
>
> VI - a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas;

Em suma, embora os espaços territoriais especialmente protegidos sejam susceptíveis ao domínio privado, o exercício do direito de propriedade não poderá ser ilimitado, ou seja, tais espaços podem ser exploradas nos limites permitidos pela legislação ambiental, sob pena de utilização irregular da propriedade.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A tentativa de coligar o exercício do direito à propriedade com o direito de proteção ao meio ambiente, ambos presentes no texto constitucional em vigor, pode sugerir uma aparente colisão de normas de direitos fundamentais. De um lado, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equili-

brado – direito de terceira geração, dotado de alto teor de humanismo e universalidade, segundo CAMPOS JÚNIOR (2005, p.136). De outro lado, o direito de propriedade – direito de primeira geração, com caráter individual.

Na doutrina de CAMPOS JÚNIOR (2005, p. 146), o meio ambiente não se subordina ao direito de propriedade, impondo-se uma compreensão de que as categorias de direitos fundamentais encontram-se num mesmo nível de dignidade constitucional, compondo um todo harmônico.

O princípio da função social concretizou a conciliação entre o direito de propriedade e o direito à proteção ao meio ambiente equilibrado, afastando qualquer interpretação que sugira efetiva colisão de direito fundamentais.

No modelo proposto por Alexy, Campos Júnior (2005, p.146) conclui que "ao problema de como compatibilizar o direito de propriedade com o meio ambiente, temos que as regras constitucionais de vedação do uso da terra – a quem não respeita o meio ambiente e nem atende à função social da propriedade – é o meio como o constituinte pretendeu harmonizar o conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente".

Analisar o eventual conflito entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à luz da hermenêutica moderna (a qual se baseou, também no modelo recomendado por Alexy), implica em realizar uma verdadeira interpretação pluralizada de princípios constitucionais para se alcançar uma melhor compreensão das normas relacionadas, ponderando-se os valores nelas inerentes, de acordo com CAMPOS JÚNIOR (2005, p.144). Segundo o autor, tais direitos estão fundamentados nos princípios da função social da propriedade e da preservação do meio ambiente.

Ademais, verifica-se que os direitos fundamentais de propriedade e de meio ambiente ecologicamente equilibrado es-

tão respaldados no princípio da dignidade da pessoa humana, que, segundo COELHO (2010, p. 216), trata-se de um princípio absoluto, metajurídico, préconstituinte ou pré-constitucional. Nos ensinamentos de Coelho (2010, p. 216), a dignidade da pessoa humana é "sobreposta a todos os bens, valores ou princípio constitucionais, em nenhuma hipótese é suscetível de confrontar-se com eles, mas tão somente consigo mesma, naqueles casos-limite em que dois ou mais indivíduos – ontologicamente dotados de igual dignidade – entrem em conflitos capazes de causar lesões mútuas a esse valor supremo".

Num contexto constitucional contemporâneo, SARLET (2013, p. 49) traz a concepção de dignidade da pessoa humana numa dimensão ecológica, a qual abrange a ideia de um bem-estar ambiental, indispensável a uma vida digna, saudável e segura.

Impossível que um ordenamento jurídico garanta uma vida digna ao cidadão, sem um ambiente natural saudável e equilibrado, mesmo que para se alcançar determinado fim, seja necessário impor limitações ao exercício do direito de propriedade.

Sarlet (2013, p.50), citando Bodin de Moraes, assevera que "a vida situada em um quadro ambiental degradado compromete o livre desenvolvimento da personalidade humana, especialmente no que diz respeito à integridade psicofísica do ser humano, que comporta, nas palavras de Bodin de Moraes, um 'amplíssimo direito à saúde', compreendendo um 'complexo bem-estar psicofísico e social'".

Ampliando-se a dimensão da dignidade da pessoa humana para se abarcar as futuras gerações, de acordo com a prescrição do *caput* do art. 225/CF, verificamos que o comportamento dos seres humanos contemporâneos repercute de forma direta e indireta nas condições de vida das gerações futuras, de tal sorte que se a população atual degradar o meio ambiente, com

seus modos de produção e consumo, a geração futura terá comprometida sua vida digna.

É nesse contexto principiológico da função socioambiental da propriedade que se justifica a proteção do meio ambiente como garantia da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada à preservação dos recursos naturais, pois a partir desta concepção é possível assegurar qualidade de vida aos cidadãos no âmbito da saúde, segurança e bem-estar.

Somente por meio da limitação do direito de propriedade a sua função socioambiental é possível alcançar um patamar mínimo de preservação do meio ambiente que permita uma qualidade de vida compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em que pese o direito de propriedade particular ser um direito individual, atualmente tal direito não pode ser interpretado como absoluto, nem mesmo pela legislação civilista, pois deve atender aos interesse da coletividade, interessada direta e indiretamente no usufruto dos recursos naturais.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, **Lei Fundamental** (1949).

ALEMANHA, **Constituição de Weimar** (1919).

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

________, Frederico. **Legislação Comentada Ambiental. São Paulo: Editora Método, 2015.**

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 2ª ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.

BRASIL, **Política Nacional do Meio Ambiente** (1981)

________, **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** (1988).

________, **Constituição Federal do Império** (1824).

________, **Constituição Federal Republicana** (1891).

________, **Constituição Federal** (1934).

________, **Constituição Federal** (1937).

________, **Constituição Federal** (1946).

________, **Constituição Federal** (1967).

________, **Código Civil** (1916).

________, **Código Civil** (2002).

___________. **Decreto n. 678/92. Promulga a convenção americana sobre direitos humanos**. Presidência da República, Brasília (1992).

________, **Supremo Tribunal Federal**.

________, **Superior Tribunal de Justiça**.

CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente.** Curitiba: Juruá Editora, 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. **Protocolo de São Salvador**. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm> Acesso em: 31 de jan de 2017.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-dasNa%C3%A7%C3%B5esat%C3%A91919/declaracaodedireitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 10 de nov de 2016.

DERANI, Cristiane. **Meio Ambiente Ecologicamente equilibrado:** direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: CAMPOS JÚNIOR, Raimundo Alves de. **O conflito entre o direito de propriedade e o meio ambiente.** Curitiba: Juruá Editora, 2005.

FEITOZA, Paulo Fernando de Britto. **Patrimônio Cultural:** proteção e responsabilidade objetiva. Manaus: Editora Valer, 2012.

MATTOS, Liana Portilho. **A efetividade da função social da propriedade urbana à luz do estatuto da cidade.** Rio de Janeiro. Editora: Temas & Idéias. 2003.

MÉXICO, **Constituição Federal** (1917).

SANTOS, Myrna Gouveia dos. **Legislação Ambiental e Política Agrária.** Belém: Editora Paka-Tatu, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental.** 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVEIRA, Edson Damas. **Socioambientalismo Amazônico.** Curitiba. Editora: Juruá, 2008.

SOUSA, João Bosco Medeiros de. **Direito Agrário: lições básicas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ZAKKA, Rogério Marcus. **O Direito de propriedade:** análise sob a ótica e sua convivência com a função social. São Paulo. PUC – Pontifícia Universidade Católica. Dissertação de mestrado em Direito, 2007. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/7814/1/Rogerio Marcus Zakka.pdf> Acesso em: 10 de nov de 2016.

PANORAMA JURÍDICO DO FASHION LAW - A PROTEÇÃO DAS CRIAÇÕES: COMO PROTEGER UMA CRIAÇÃO SAZONAL?

Priscylla Gomes de Lima
Marília Rodrigues Mazzola

INTRODUÇÃO

É fato notório o crescimento em nível mundial do mercado da moda, que movimentou em 2015, apenas no Brasil, mais de 200 bilhões de reais/ano[53]. Com um potencial de gerar e movimentar riquezas desta magnitude, nada mais natural que a demanda por orientação jurídica especializada seja uma necessidade premente.

O estudo e proteção da moda como criação/obra detentora de direitos, em âmbito de proteção e propriedade intelectual, vem se desenvolvendo desde a década de 2000, se fortalecendo e sendo difundido mundialmente, a começar pela Europa, e mais tarde, no ano de 2010, nos Estados Unidos, com a criação do Fashion Law Institute pela Fordham University, onde o conceito do *fashion law*, ou direito da moda, foi

53. Informação disponível em: < http://www.investimentosenoticias.com.br/noticias/negocios/pesquisa-revela-que-o-mercado-de-moda-esta-em-crescimento>. Acesso em 15 maio 2017.

desenvolvido, passando a acompanhar toda a cadeia produtiva, da criação à pós-comercialização.

A relevância do tema abordado neste trabalho tem por base a crescente profissionalização do setor, a demanda crescente do mercado interno brasileiro, bem como a instalação de grandes marcas internacionais no país e o desenvolvimento exponencial do e-commerce.

Considerando esse universo na conjectura da modernidade, onde se destacam a inconstância e volatilidade deste mercado, um aspecto que merece melhor compreensão é a proteção das criações em face da agilidade e constante mutação desta área, se considerada em um ambiente que trabalha com releituras e coleções sazonais. Neste âmbito, questiona-se: como proporcionar a proteção às criações, em um cenário em que as mudanças ocorrem a cada troca de estação?

Através de pesquisa bibliográfica e analise no âmbito do direito comparado, os conceitos de moda e *fashion law* serão explorados, possibilitando conectá-los ao Direito Civil contemporâneo, especialmente no que tange à área de propriedade intelectual, de modo que ferramentas e instrumentos para proteção das coleções possam ser encontrados e que combatam as falsificações e cópias não autorizadas.

1. A MODA

A palavra moda tem sua origem no latim *modus*, que significa maneira de conduzir. No século XV, os franceses iniciaram a utilização do *mode* (modo), que dizia respeito às preferências, gostos e também à maneira como as pessoas se vestiam (POLLINI, 2007, p. 12).

É possível dizer que a moda já era manifesta desde o início das civilizações, uma vez que a utilização de adornos corporais remonta às tribos africanas.

Entretanto, o fenômeno moda adquiriu maior destaque no período renascentista, quando as pessoas passaram a ostentar a riqueza, o fazendo também por meio de seus trajes; como forma de controlar e coibir a sua utilização pelas classes mais baixas.

Como a Igreja e o Estado criaram as leis suntuárias e código de vestimenta que reservava o uso de determinados trajes e acessórios às classes abastadas em detrimento das classes inferiores, tal proibição tornava tais objetos e vestuários ainda mais desejados e demonstrava o papel das roupas como um importante termômetro do status social (SVEDSEN, 2010, p. 58).

No final da Idade Média, como um dos efeitos da Revolução Industrial, a moda foi difundida também como uma das consequências do volume de produção atingido pela indústria naquele momento (MAIA, 2016, p. 5).

O desenvolvimento de novas técnicas de produção, desde o tratamento da matéria prima até a confecção, permitiu que a moda se difundisse para as mais diversas classes sociais, expandido o consumo e tornando esse mercado uma verdadeira potencia, mesmo em face de crises econômicas.

Referente ao fenômeno social que a moda representa, ao longo do tempo a ela vem sendo utilizada tanto para referenciar um pertencimento (à sociedade), por meio da reprodução de padrões, como ao mesmo tempo um fator de diferenciação, individualização do homem frente à esta mesma sociedade (MAIA, 2016, p. 5).

Neste cenário, destacam-se os estilistas, designers, entre outros, como criadores da moda: vestuário, acessórios, calçados, joias, etc., tendo inúmeros indivíduos se imortalizado através de suas criações e marcas, tais como Coco Chanel, Gianni Versace, Christian Dior, etc.

O conceito de moda, segundo Ibaixe e Sabóia (2014):

> É todo conjunto do discurso que se faz sobre roupas e o próprio universo que as envolve, incluindo-se

> não apenas o visual de um indivíduo, mas todo o visual de um grupo que adota determinada forma de vestir-se, além das referências à atmosfera que envolve a moda, como desfiles, eventos, comentários, críticas, estudos, publicidade, marketing, grifes e criações. Também se incluem neste sistema as falas produzidas pelos profissionais da moda, sejam estilistas, designers, críticos de moda e outros.

No mundo contemporâneo, a moda ganhou ainda maior relevância. Considerando a realidade virtual e a internet, a maioria das pessoas pode ter acesso à moda, independentemente da sua condição social, sexo ou etnia, dando ainda maior conotação de fato social a tal fenômeno.

Portanto, inegável sua importância enquanto fato social, cultural, comportamental, e como gerador de valores e riquezas.

2. *FASHION LAW*: O DIREITO DA MODA

O desenvolvimento da moda, especialmente se considerada como fenômeno econômico e de movimentação de riquezas, oportunizou o acontecimento de conflitos, a competição agressiva, o desenvolvimento da pirataria, etc. Em face disso, entendeu-se como necessidade o estabelecimento de normas específicas para disciplinar essa atividade, o que impulsionou o surgimento do Fashion Law.

O termo *fashion law* surgiu nos Estados Unidos, e passou a ser difundido no mundo especialmente após a criação, por Susan Scafidi, do Fashion Law Institute, em 2010, ligado à Fordham University, em Nova York (SOARES, 2017). No Brasil, a Fundação Getúlio Vargas criou, em 2013, um grupo de estudos referente a tal temática e alguns escritórios possuem grupos de atuação exclusiva para a área.

O *fashion law* não é uma área especializada do direito, mas consiste na aplicação dos ramos já conhecidos do direito às questões legais que permeiam a indústria da moda, um mercado altamente próspero e carente de orientações especializadas (NUNES, 2012).

O ponto focal do Fashion Law é tratar a questão da propriedade intelectual, o que abrange desde a concepção do produto de moda, seu design, desenvolvimento da tecnologia e materiais aplicados, confecção e outras diversas etapas até chegar às mãos do consumidor final. Não obstante, tal ramo do direito também se relaciona com outras áreas jurídicas.

Dentre os ramos do direito aplicados à indústria da moda, pode-se citar o direito civil, direito comercial, direito do consumidor, direito do trabalho, direito tributário, direito concorrencial, direito do comércio internacional, direito societário, direito imobiliário, direito processual, direito digital, direito ambiental, dentre outros.

Como é um mercado em franca expansão, e representa uma fatia considerável da economia, muito pertinente se faz o acompanhamento da seara jurídica ao mercado da moda, visto demandar orientação e proteção específicas, dadas as suas peculiaridades.

Segundo Ibaixe e Sabóia (2014) “investigar o conceito de moda é fundamental para o *fashion lawyer* porque, quando se busca proteger a criação, baseia-se na ideia de originalidade, que não é jurídica e funda-se no elemento novidade”.

Essa necessidade de orientação e atuação ganha ainda maior importância, ao se considerar certos pontos da própria indústria da moda, tais como a sazonalidade dos lançamentos das coleções, que são tão cuidadosamente elaboradas e desenvolvidas para durarem, literalmente, uma estação; a incorporação de tendências já desenvolvidas por outros estilistas naquela coleção; o risco de produtos contrafeitos e a diluição de marca.

Por isso a principal especialidade dentro do *fashion law* é a tutela do direito à propriedade intelectual, devido às inúmeras questões que permeiam este mercado e demandam especial atenção do direito, tais como a pirataria, as falsificações, a contrafação (reprodução não autorizada[54]), *trade dress* (proteção do conjunto-imagem, que consiste na proteção a caracteres identificativos do produto dotados de significado secundário que identifique a marca), entre outras.

3. OS PROBLEMAS RELACIONADOS À SAZONALIDADE

Quando se fala da temática moda, importante característica deve ser analisada: a sazonalidade.

Isso porque qualquer produto deste mercado possui uma curva de vendas ao longo de um período de tempo determinado, ocorrendo com maior frequência ou em maior volume em determinados períodos.

Segundo Campos (et at, 2014, p. 383), a sazonalidade na moda pode ocorrer em função de vários fatores, dentre eles: a tradição, o clima ou da disponibilidade do produto.

Mas há também estratégias comerciais envolvidas que visam a aceleração do consumo com o intuito de obtenção de lucro, de modo que a necessidade de lançamentos constantes de novos produtos tem como resultado um processo criativo inesgotável, ao qual, em tese, é cabível a proteção intelectual.

A falta de regulamentação no que tange à sazonalidade, visível pela inexistência de ferramentas legais ágeis e viáveis, compromete os esforços desempenhados em uma determinada coleção de produtos, pelos designers ou estilistas, impactando diretamente na cadeia produtiva de determinada empresa.

---

54. Art. 5º, VII da Lei nº 9.610/98 - Lei de Direitos Autorais.

Assim, é patente a necessidade de aprimoramento da legislação existente, uma vez que é quase inexistente formas de registro e patentes para a proteção das criações ligadas à moda sazonal.

A questão que fica pendente, por ora, é como proteger este mercado tão volátil e mutante, pois a cada estação são criados novos itens, objetos de desejo que, apesar de terem inspirações muitas vezes conhecidas, como uma década passada ou um movimento cultural distinto, são ao mesmo tempo originais, pois tem características únicas: uma cor diferenciada, um corte novo, um tamanho diferente, e mesmo uma forma nova de uso.

4. A PROTEÇÃO À CRIAÇÃO – LEGISLAÇÕES PÁTRIA E ESTRANGEIRAS

No direito pátrio, em que pese haver legislação específica que tutela os direitos autorais – Lei nº 9.610/98, no contexto da moda há grande controvérsia, vez que há vedação de proteção dos direitos autorais às obras consideradas de caráter utilitário, enquadradas nesta categoria as vestimentas (CARVALHO, 2016, p. 226).

Poder-se-ia, então, pensar em proteção da moda pela via da patente, mas a escolha desta via mostra-se inviável, pois há vedação legal ao patenteamento de criações estéticas[55]. Mais ainda, segundo Maia (2016, p. 10),

> Há, ainda, um impedimento da ordem prática que deve ser considerado, qual seja, o lapso temporal para que o INPI analise um pedido de patente. Levantamento59 do ano de 2013 estimou (análise que englobou patente de invenção e modelo de utilidade), em média, 11 anos o tempo de espera entre o depósito do pedido do pedido de patente e a concessão.

55. Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:
[...]
IV - as obras literárias, arquitetônicas, artísticas e científicas ou qualquer criação estética;

Como o mundo da moda vive de ciclos curtos, que compreendem muitas vezes apenas uma estação (cerca de três meses), esta opção seria irrealizável.

Poder-se-ia ainda considerar a proteção conferida pelo registro do desenho industrial, tido pela OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual, como o regime mais adequado ao caso da moda. Como assevera Maia (2016, p. 11),

> o DI ainda pode deter alguns benefícios diante dos outros tipos de proteção. Para obter o privilégio basta efetuar o depósito perante o INPI obedecendo todas as regras procedimentais e os requisitos legais, o produto deve ser i) novo, ii) original e iii) de fabricação industrial e em um curto período de tempo haverá a expedição do registro. Ressalta-se que o exame de mérito, exame no qual aferem-se os requisitos legais, somente ocorrerá quando e se requisitado.
>
> No entanto, uma proibição de proteção por DI que deve ser observada cautelosamente é o requisito funcional. A criação bidimensional ou tridimensional que possua funcionalidades não poderá ser registrada como DI, mas apenas aquele seu aspecto ornamental. Dessa forma, a proteção será conferida apenas ao aspecto ornamental do bem de consumo. Outros produtos esbarrarão no requisito legal da novidade e originalidade.

Nesse sentido, não será possível registrar as formas vulgares, como camisetas, vestidos e sapatos já popularizados, não considerando a possibilidade dessas formas conterem desenhos bidimensionais que atendam aos requisitos, aqui a possibilidade exposta seria apenas o formato em si sem possíveis desenhos, por exemplo.

Assim, no cenário brasileiro, o sistema legal que melhor servirá à proteção da moda será o registro da marca, proteção conferida pela Lei nº 9.279/96.

A marca é um dos signos distintivos que tem o poder de fidelizar o consumidor, que identifica e remete à origem e procedência do produto; destaque-se que o registro da marca poderá ser renovado indefinidamente, desde que se mantenha o seu uso, e sejam observados os procedimentos administrativos perante o INPI. Neste sentido, Maia (2016, p. 12) explana que

> A marca tem o poder de atuar no imaginário do consumidor remetendo às sensações, às experiências anteriores e trazendo ao consciente a origem da marca. Em regra, através das marcas, cria-se todo um significado que transmite ao consumidor um estilo de vida, um estilo de se vestir e que faz com que ao visualizar aquele signo, ou os seus elementos, a clientela rapidamente deixe se envolver nesse mundo de fantasia.

Denota-se que, no quesito proteção, a legislação pátria ainda engatinha quando se considera a moda como setor merecedor de proteção legal.

Internacionalmente, a legislação francesa tem todo um arcabouço próprio que confere proteção ao legado da moda. No *droit d'auteur*, aos direitos morais do autor é atribuída maior prioridade, com vistas à sua proteção, de modo a formular os termos desses direitos de forma mais genérica; no sistema francês somente se permite seu licenciamento (BARBOSA, apud CARVALHO, 2016, p. 218).

> Dentre os países da Europa, a França é o mais desenvolvido no âmbito do Fashion Law, existe a possibili-

> dade de patentear a criação de moda, seja em relação ao desenho ou à propriedade industrial. O direito de exclusividade oriundo da patente tem a duração de 20 anos, sendo válida somente dentro do país.
>
> A proteção dos desenhos de moda é amparada por artigos específicos na lei francesa de propriedade intelectual, garantindo todos os direitos autorais do designer e da marca, vedando a reprodução, adaptação, exibição e vendas sem a autorização do criador. A legislação francesa ampara tanto os desenhos quanto os mais diversos tipos de criação concernentes à moda

Já o ordenamento italiano busca conciliar a necessidade de proteção pelo direito autoral com a sazonalidade da moda, ao estabelecer um curto prazo de duração dos referidos direitos. Neste sentido, o *Regolamento CE n. 6/2002* protege os modelos que se distinguem significativamente dos demais disponíveis no mercado, pelo prazo de três anos, tendo como requisitos a construção de um juízo de originalidade e de "confundibilidade" sobre a obra (CARVALHO, 2016, p. 228).

No cenário norte americano, a jurisprudência passou várias décadas afastando a proteção da moda pelo *copyright* por conta do critério da utilidade. Porém, como preceitua Carvalho (2016, p. 229),

> a situação mudou com a aprovação do *Innovative Design Protection Act* de 2012, que expressamente dispôs que o design poderá ser protegido, tanto nos elementos originais dos artigos de vestuário quanto na incorporação de elementos originais a artigos de vestuário e ornamentos. As condições para a proteção são: (i) a obra deve ser resultado do esforço criativo do designer; (ii) a obra deve ser única,

> distinguível, não trivial e não deve ser apenas uma variação não utilitária de designs já existentes. O *Act* coloca, ainda, que a produção de cópia singular de uma criação de moda, fruto da costura caseira, constitui exceção à proteção e não configura infração aos direitos autorais.

Assim, o que hoje se observa é que a moda está conquistando seu espaço, tanto na jurisprudência brasileira quanto na norte-americana, pois dada a importância econômica deste segmento para as economias destas nações, imprescindível se faz o atendimento às suas demandas pontuais.

Nos dizeres de Soares,

> Outro aspecto importante a se considerar é o tempo que se leva no INPI para a concessão de registro de marca (3 a 4 anos) ou de patente de invenção (11 anos), o que poderia inviabilizar, na prática, o dinamismo da moda.
>
> Assim sendo, o Fashion Law propugna, no âmbito legislativo, por uma regulamentação mais adequada à indústria da moda e suas criações, como prazos mais apropriados; no âmbito administrativo, por novas hipóteses de exame prioritário de registro e patentes; e, no âmbito judicial, pela ampliação da competência das Varas Judiciais e Câmaras de julgamento especializadas em propriedade intelectual, voltadas à formação de um entendimento jurisprudencial mais uniforme e de acordo com uma visão que esse segmento exige.

Diante do que se observa, dentro do sistema legal vigente de proteção aos direitos autorais e do criador, a opção que

mais se coaduna com as peculiaridades das criações do mercado da moda atualmente é a proteção à marca.

Porém, imperativo pontuar que tal proteção não defende integral e eficazmente as criações da moda, pois ainda existirá a sujeição à pirataria e falsificações, e a fiscalização e punição de eventuais situações desta natureza não serão punidas a contento, devido à morosidade da justiça.

Como destaca Lucila de Castro Plácido (2015, p. 03),

> O avanço da tecnologia têxtil fez com que a confecção de tecidos e suas estamparias se tornassem mais baratas, o que estimulou o crescimento da pirataria da moda. Pois, com a criação de maquinário mais eficiente, tornou-se possível a reprodução da cópia em um número cada vez maior, o que prejudicou significativamente os verdadeiros criadores.

Note-se ainda que, de acordo com dados fornecidos pela FECOMÉRCIO/RJ – Federação do Comércio do Estado do Rio de Janeiro, cerca de 17 milhões de brasileiros adquiriram produtos falsificados no ano de 2010, entre roupas e acessórios. Estes produtos prejudicam não só o consumidor, que tem nas mãos produto de baixa qualidade e sem garantia alguma, mas toda a economia brasileira, pois o mercado e o Estado deixam de lucrar, e ainda há o impacto negativo no mercado de trabalho, com o encolhimento de postos de trabalho (PLACIDO, 2015, p. 05).

Deste modo, percebe-se a importância e necessidade de se tratar o tema com seriedade e criatividade no que tange ao manto de proteção jurídica, vistas a extensão e gravidade dos danos que a ausência de proteção efetiva e eficiente ocasiona anualmente a este setor proeminente da economia.

CONCLUSÃO

Após as breves considerações acerca da moda e da sazonalidade, o estudo do *fashion law*, verificando seu surgimento e importância, o panorama dos sistemas de proteção legal das criações vigentes no Brasil e em legislações estrangeiras, inegável se apresenta a sua relevância, dado o tamanho deste promissor e crescente mercado, e o volume de riquezas e valores que movimenta.

A adaptação do direito pátrio à maleabilidade e agilidade deste mercado, assim como já ocorrera em diversos outros países, é importante e necessária, pois com o desenvolvimento da indústria têxtil e o “boom” do e-commerce no país, e a instigação do próprio mercado de moda pelo próximo novo “it” produto, a cada nova estação haverá a criação de novos produtos, novos valores, novas coleções, todas passíveis de proteção legal, sendo que as respostas apresentadas pela legislação atual não conseguem, por este momento, responderem com a rapidez necessária aos problemas que surgem em face da mutabilidade e volatilidade deste mercado em franca expansão.

REFERÊNCIAS

CAMPOS, Eduardo Erivelton; BALTAZAR, Felipe Hercílio; FERREIRA, Carlos Alberto. Análise da viabilidade de proteção da propriedade industrial de produtos ligados à moda sazonal. In **Revista Justiça do Direito**. v. 28, n. 2, p. 374-395, jul./dez. 2014.

CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. **Costurando um modelo de proteção da moda pelo direito de autor**: os desafios e perspectivas dos direitos autorais na proteção às criações de moda. *In:* Revista de Propriedade Intelectual - Direito Contemporâneo e Constituição - PIDCC, Aracaju, Ano V,

Volume 10 nº 01, p. 216 a 233. Fev/2016. Disponível em: <http://pidcc.com.br/br/component/content/article/2--uncategorised/223-costurando-um-modelo-de-protecao-da--moda-pelo-direito-de-auto>. Acesso em: 21 maio 2017.

IBAIXE, Jõao; Saboia, Valquiria. **Fashion Law e o conceito de moda**. Disponível em < http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI205054,61044--Fashion+Law+e+o+conceito+de+Moda>. Acesso em 09.Jun.2017.

NUNES, Simone Lahorgue e MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O fenômeno do Fashion Law**. Boletim novembro de 2012, 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/o-fenomeno-do-fashion-law>. Acesso em: 19 maio 2017.

MAIA, Lívia Barboza. **A proteção do direito da moda pela propriedade intelectual**. Revista da ABPI - nº 141 - mar/abr 2016.

PLÁCIDO, Lucila de Castro. Fashion law: a relevância jurídica da moda. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVIII, n. 134, mar 2015. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15833&revista_caderno=27>. Acesso em 07.Jun 2017.

POLLINI, Denise. **Breve história da Moda**. São Paulo: 2007.

SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. **Fashion Law: Posição a favorável**. Carta Forense, 02 de março de 2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/fashion-law-posicao-a-favoravel/17381>. Acesso em: 19 maio 2017.

SVEDSEN, Lars. **Moda: uma filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

DO IMPEDIMENTO À LAQUEADURA COMO VIOLAÇÃO À AUTONOMIA PRIVADA

Simone Alvarez Lima

INTRODUÇÃO

A laqueadura é um procedimento em que as trompas são ligadas e é irreversível, não podendo mais a mulher ter um filho. Já é assente na doutrina e na legislação que a mulher com mais de 25 anos e a que tem, pelo menos, dois filhos vivos podem realizar o procedimento. Entretanto, a situação muda quando a mulher que tem certeza de que jamais vai querer ser mãe e deseja fazer a laqueadura. O presente artigo tem como objetivo abordar a laqueadura em mulheres que não tem filhos, trazendo uma visão prospectiva com base na autonomia privada e se justifica pelo fato de que o Direito Civil está caminhando para a adaptação às novas realidades de diversos entes vulneráveis, dentre eles, a mulher, a qual vem ocupando elevados cargos profissionais na sociedade e tendo a possibilidade de buscar a realização de seus sonhos, que nem sempre são compatíveis com a maternidade.

O método utilizado para a realização do presente artigo foi o dedutivo, uma vez que não houve pesquisa empírica a respeito

do assunto, mas sim a doutrinária e a jurisprudencial, a fim de partir de conceitos generalizantes (autonomia como direito da personalidade e o estigma das mulheres que não desejam ser mães) para o específico (argumentos pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097, que busca inviabilizar o art. 10, §5º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996).

Levando em consideração o atual momento histórico, em que a mulher vem ganhando voz na sociedade em decorrência do enfoque às lutas feministas, o artigo iniciará explicando o estigma das mulheres que optam por não ter filhos, mostrando que mesmo no passado, as mulheres que não seguissem o padrão do "tipicamente feminino" eram consideradas loucas e, a partir disto, será feita uma análise do princípio da autonomia privada e, por fim, os aspectos jurídicos que estão envolvidos na cirurgia de laqueadura para mulheres que não têm filhos.

1. O ESTIGMA DAS MULHERES QUE NÃO QUEREM TER FILHOS

Homens e mulheres sempre foram julgados de forma diferente quando tomavam decisões diferentes da esperada pela sociedade. A partir do século XVIII, começou a ser construída uma ciência que estudava a diferença existente entre homem e mulher, na qual o universo feminino começou a ser descrito como habitado por seres irracionais e mais aptos ao descontrole do que o masculino, de acordo com Rinaldi:

> O ovário, especificamente ao final do século XIX, adquiriu maior importância na vida biológica e comportamental, sendo visto como potencial gerador de distúrbios tais como a histeria e os excessivos desejos sexuais. Frente a tais mudanças, tornou-se difícil separar natureza feminina e patologia. Através desta associação, médicos fundaram as justificativas para as

> limitações dos papéis sociais e econômicos da mulher. É, no entanto, no século XIX que esta foi claramente caracterizada por meio de sua propensão natural ao papel de mãe e esposa e por sua dependência em relação a seu útero. (RINALDI, 2009, p. 03).

As decisões das mulheres que escapassem do que a sociedade considera normal sempre foram alvo de críticas. RINALDI (2009, p. 08) verificou prontuários do Hospício Juquery e da psiquiatria paulista ao final do século XIX até a década de 1930 e viu que determinados comportamentos era considerado como típica loucura feminina, tais como "a quebra das convenções de gênero, como o desejo de trabalhar fora de casa, a recusa ao casamento, a atividade sexual fora do casamento, a recusa a se relacionar com o esposo. A ruptura dos limites sociais prescritos ao gênero fazia com que fossem consideradas portadoras de doenças mentais."

O desejo de ser mãe é o que se espera de uma mulher até os dias de hoje e quem foge deste padrão costuma ser julgada como egoísta. O mesmo não acontece quando um homem comunica que não deseja ser pai. Em 11 de agosto de 2016, foi divulgada no programa da Rede Record, Domingo Espetacular, uma reportagem na qual foram entrevistadas mulheres que não tinham filhos, que desejavam passar pela cirurgia de laqueadura, mas que encontraram uma série de dificuldades, que passavam desde o alerta de que a cirurgia poderia ser "muito perigosa" ao argumento de que "elas poderiam se arrepender", tendo sua escolha julgada por médicos, os quais opinavam de forma que não era relacionada à profissão. De acordo com a notícia,

> São jovens como Paula Oshikawa, que não quer ter filhos e já passou por cerca de dez médicos e ainda não conseguiu fazer a laqueadura.

> — Se eu já tenho 25 anos e estou dentro da lei, sei que é isso o que eu quero. E não vou ter que me preocupar com outro método contraceptivo que pode falhar.
>
> Os médicos amparam a recusa por razões clínicas – a cirurgia pode trazer complicações - e também pela possibilidade de arrependimento, já que a reversão do procedimento nem sempre é bem-sucedida. (R7, 2016).

A falta de vontade de ser mãe causa espanto e, diante da irreversibilidade da laqueadura, a decisão pela cirurgia envolve aspectos éticos, médicos e jurídicos. O espanto causado pela falta de desejo de ter filhos acontece porque, de acordo com GUILHEM (2009, p. 87), "o sentido ético para as mulheres estaria vinculado à ética do cuidar, enquanto os homens assumiriam como prerrogativa essencialmente masculina a ética da justiça." Entretanto, como JARDIM (2012) afirma, "a função social da mulher hoje não consiste apenas em procriar e cuidar, administrar a casa e zelar por seu marido e filhos, e sim de ter seu espaço na construção da sociedade moderna." Assim, nem sempre participar da sociedade atual, trabalhar fora e desejar ter uma carreira de sucesso, que envolve viagens, decisões repentinas e falta de tempo para preparar uma comida nutritiva, é possível conciliar com a maternidade. Nem todas as mulheres possuem este dom da entrega plena e do amor incondicional que é necessário para cuidar de um outro ser humano.

Joana Singer, uma psicóloga entrevistada pelo jornal Estadão, explicou que "o mundo ainda critica muito a mulher que decide não ter filho, a falta de vontade de algumas mulheres em serem mães sempre existiu, a diferença é que hoje elas ocupam diferentes espaços na sociedade e se emanciparam dessa obrigação." (EFRAIM, 2016).

Impedir uma mulher de realizar o procedimento de laqueadura quando ela realmente não deseja ter filhos é violar o seu direito à integridade psíquica, um dos componentes do direito da personalidade, o qual consiste no "dever de ninguém poder causar dano à psiquê de outrem. A psiquê faz parte da estrutura da pessoa e constitui um componente indivisível da própria personalidade." (SZANIAWAKI, 2005, p. 471). Estigmatizar alguém e tentar fazer uma pessoa viver dentro de um padrão social que não condiz com o dela é contrário à própria Constituição Federal que prevê, em seu art. 3º, IV, que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

De acordo com o CONJUR (2014), "o atual modelo de família não mais guarda compatibilidade com a necessidade de procriação, nem com a indevida ingerência entre seus membros, no sentido de limitar a plena garantia da liberdade, da igualdade, da dignidade e da busca da felicidade." Na mesma diapasão, BORGES (2007, p. 135) critica a ingerência indevida do Estado nos direitos da personalidade, pois estes "são os que mais se aproximam da liberdade de concretização da própria dignidade, formando um campo jurídico sobre o qual a intervenção pública, social ou estatal, deve ser mínima." Do contrário, o espírito de liberdade constitucional, previsto nos arts. 1º e 3º, estará sendo negado em nome de um dirigismo jurídico inconstitucional da vida privada das pessoas. Compreendido isto, passaremos a análise da autonomia sob o enfoque da bioética de gênero, a qual pressupõe a consideração das desigualdades entre mulheres e homens, garantindo que "existam ações dirigidas não apenas ao melhoramento da situação de vida das mulheres, mas também à elevação de sua posição social." (GUILHEM, 2009, p. 90).

2. AUTONOMIA PRIVADA E BIOÉTICA DE GÊNERO

A laqueadura de mulheres jovens e sem filhos ultrapassa qualquer questão constitucional principiológica e deve ser analisada também sobre o princípio da autonomia, um dos princípios norteadores da bioética, e, mais especificamente, sob o enfoque da bioética de gênero, tendo em vista que o que está sendo objeto de estudo são direitos reprodutivos das mulheres em um momento em que elas estão dominando cada vez mais espaços na sociedade. De acordo com VIANNA e CARRARA (2008), "falar em direitos reprodutivos supõe percorrer, ainda que limitadamente, a trajetória do movimento de mulheres e, mais especificamente, do movimento feminista."

LITTLE (1996, p. 02) ensina que "algumas pessoas sugerem que a bioética feminista se refere às questões das mulheres na bioética, ou mesmo de mulheres falando de bioética, mas a bioética feminista é a análise das questões bioéticas sob perspectiva do feminismo." Para GUILHEM (2009, p. 86), isto traduz a preocupação com a condição daqueles historicamente desconsiderados nos estudos éticos -os oprimidos- trazendo para o rol de discussão estes agentes, contribuindo para uma análise crítica sobre as desigualdades sociais.

A decisão legal de não permitir a laqueadura é resultado do biopoder, a qual é relacionado a questões de gestão e regulação social, nacional e internacional das implicações do desenvolvimento da biomedicina. (BARRETO, 2013, p. 357).

Sob o enfoque da bioética feminista e da limitação dos direitos da personalidade de uma mulher quanto aos seus direitos reprodutivos, é necessário alertar que a autonomia privada encontra fronteiras em normas legais e de ordem pública: lei, ordem pública, moral e bons costumes e, no caso da laqueadura voluntária é a lei que coloca limite a este desejo. Assim, "os su-

jeitos não têm poder de excluir os elementos de existência nem os requisitos de validade do negócio, assim como não podem afastar sanções negativas previstas legalmente. Os pressupostos não estão sujeitos à disposição das pessoas, por não serem atingidos pela autonomia". (BORGES, 2007, p. 58). Tais pressupostos legais, que vedam determinado ato jurídico, não estão ao alcance do sujeito de direito, mas apenas do legislador.

Neste sentido, a limitação à liberdade de praticar a laqueadura encontra-se prevista na lei 9.263/96, objeto do item a seguir, e não está imune à críticas, sendo, inclusive, incompreensível que esta estabeleça limitações ao desejo daquela mulher que não deseja ter filhos, ou melhor, é hipócrita, tendo em vista que, historicamente, mecanismos naturais específicos do corpo da mulher foram considerados patologia, o que se pode comprovar através da leitura das palavras de RINALDI (2009, p. 07), que nos conta que "o organismo feminino era, em função de sua fisiologia, predisposto à doença mental. Além da menstruação, a gravidez, o parto e o pós-parto seriam geradores de distúrbios mentais." Logo, a própria história das mulheres pode comprovar que a gravidez e suas intercorrências foram consideradas doenças.

A legislação e a ética precisam se adequar aos avanços sociais que as mulheres alcançaram nos últimos anos e que tiraram a maternidade do foco feminino, e é exatamente isso que a bioética de gênero busca. Conforme BARRETO (2013, p. 356) ensina, "torna-se necessário que a reflexão crítica abandone as abstrações da ética tradicional ou dogmática, prisioneira de uma camisa de força interpretativa, e elabore uma ética hermenêutica crítica, baseada na facticidade.", e isto significa que a lei deve ser interpretada de acordo com a evolução dos fatos sociais, e, caso seja esta lei incondizente com a realidade, não permitindo nenhuma interpretação que

se adeque, deve esta ser expurgada do ordenamento jurídico, o que já está se tentando fazendo em relação ao art. 10, §5º, da Lei nº 9.263/96, o que será explicado detalhadamente no item a seguir.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA LAQUEADURA

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ratificada pelo Brasil no mesmo ano, trouxe a igualdade e a autonomia, independente de sexo, e o princípio da não discriminação, que avança na ideia de proteção para a participação igualitária de homens e mulheres. Mas foi no ano de 1968, na I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada no Teerã, que se definiu como direito humano a liberdade de decidir sobre a vida reprodutiva, sendo proclamado que os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos.

No ano de 1979 foi criada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que, conforme VIANNA e LACERDA (2004, p. 29), "figura o empenho em modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres, com vistas a alcançar a eliminação de preconceitos e práticas consuetudinárias em função estereotipada de homens e mulheres."

O Brasil é signatário tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto da Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra a mulher, e para regulamentar o art. 226, §§ 7º da Constituição Federal, *in fine*, foi criada a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

> Art. 226, §7º -Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o

> planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A Lei nº 9.263/96 trata de assuntos relacionados ao planejamento familiar, estabelecendo também penalidades para determinadas condutas a fim de prevenir a esterilização compulsória e em quantidade de mulheres. De acordo com VENTURA (2004, p. 31), a esterilização cirúrgica como método contraceptivo foi amplamente praticada no Brasil, "apesar do entendimento dominante, antes da Lei no 9.263, de que a prática constituía crime de lesão corporal com perda de função e do impedimento expresso no Decreto 20.931/31, que, no artigo 16, proibia a ligação tubária e a esterilização masculina."

Nesta Lei nº 9.263, os requisitos para a permissão da esterilização voluntária estão previstos no art. 10, quais sejam: capacidade civil plena; mais do que 25 anos de idade; pelo menos, existir dois filhos vivos (neste caso, o homem e a mulher podem ter menos do que 25 anos de idade); observação do prazo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico; risco à vida ou à saúde ou do futuro concepto. De acordo com o §5º, "na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges."

Há uma aparente isonomia de tratamento entre os gêneros, uma vez que se exige o consentimento do cônjuge tanto para o homem quanto para a mulher, mas, na verdade, quem gera o bebê, suporta as dificuldades da gravidez e passa por um parto (que é uma cirurgia com riscos) é a mulher. De acordo com Janaína Penalva, professora da Universidade de Brasília, "leis que reduzem a autonomia sobre o próprio corpo de ho-

mens e mulheres violam mais os direitos das mulheres porque a reprodução social é uma tarefa dada a elas, toda e qualquer definição reprodutiva sempre as onerará em demasia". (2016)

Tendo em vista a falta de isonomia de gênero, a Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) ingressou no Supremo Tribunal Federal com Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097, questionando art. 10, §5º da Lei nº 9.263, alegando que o planejamento familiar é livre disposição do casal.

> Reportando-se ao preceito da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, inscrito no *caput* do artigo 5º da CF, a entidade sustenta que a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade e que, nela, insere-se a autonomia corporal. "Condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada", sustenta a associação. (CONJUR, 2014).

Esta ação ainda não foi decidida, em seus últimos movimentos estão a admissão como *amicus curiae* o IBCCRIM, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais; o NUDEM, Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher e o IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. A ação foi distribuída em 13 de março de 2014 e está sob a responsabilidade do Ministro Celso de Mello. (STF, 2017).

A Lei nº 9.263/96 restringe a liberdade que a Constituição Federal garante, em seu art. 227, para a pessoas na hora de fazerem o planejamento familiar e BORGES (2007, p. 135) alerta que "ao analisarmos a Constituição Federal como primeiro fator limitante da disponibilidade dos bens, a conclusão é a de que justamente o

texto constitucional que mais dá liberdade às pessoas e que mais garante a disponibilidade dos direitos da personalidade.”

O art. 10, §5º da lei em estudo mostra o quanto ainda há uma dominação do universo masculino sobre o feminino, por mais que a sociedade ocidental tenha se transformado em função de uma ideologia da igualdade entre os gêneros, permanecendo nas relações sociais uma desigualdade de poderes na qual as mulheres ainda se subordinam aos homens. Como RINALDI (2009, p. 20) explana, “mesmo que o Estado brasileiro tenha incorporado princípios contemplados em âmbito dos direitos humanos das mulheres, permanecem as formas de hierarquizar e distribuir desigualmente poderes entre homens e mulheres”.

De acordo com PIOVESAN (1998, p. 168), os direitos reprodutivos correspondem “aos direitos relacionados ao livre exercício da sexualidade e reprodução humana, circulando no universo dos direitos civis e políticos, quando se referem a liberdade, autonomia, integridade e aos direitos econômicos, sociais e culturais quando se refere a políticas de Estado.”

A Organização Mundial de Saúde estabeleceu que a saúde não equivale à ausência de doenças ou enfermidades, mas também ao “pleno bem-estar, físico, mental e social”, de acordo com JARDIM (2012), a saúde não se restringe ao universo prescritivo, mas pressupõe a prevenção, o acesso à informação e o respeito à diversidade, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e a não discriminação. Assim, em nome da saúde, da integridade mental, da autonomia privada e dos valores constitucionais, é mister que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097 seja julgada procedente e que a autorização prévia do cônjuge seja dispensada no momento em que a opção pela laqueadura (e pela vasectomia também) seja tomada e, por fim, que se diminua o rigor e o preconceito contra as mulheres que, sem filhos e jovens, desejarem passar pela laqueadura.

CONCLUSÃO

Após a análise do presente artigo, é possível concluir que a legislação deve caminhar rumo à diminuição dos obstáculos à concretização do desejo da mulher, consciente de que jamais desejará ter filhos (consentimento livre e esclarecido), de realizar a cirurgia de laqueadura, dispensando o consentimento do cônjuge e, sendo solteira, que não haja tantos empecilhos que, na realidade, são reflexos do sistema patriarcal que ainda predomina atualmente.

Uma vez que teses abortistas têm ganhado maior espaço e respeito da sociedade, que passa a entender que a criminalização do aborto fere a autonomia privada da mulher, não deveria haver necessidade de consentimento ou obstáculo à cirurgia de laqueadura, tendo em vista que, no primeiro caso, o direito à autonomia da mulher entra em choque com o direito à vida do feto, já no segundo caso, não há direito de maior peso, apenas a autonomia da mulher que não deve ser cerceada pelo desejo de um marido que pode, a qualquer tempo, optar pelo divórcio, caso a vontade de ter filhos seja maior do que o afeto e amor dentro do casamento.

O julgamento pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.097 é a única forma de restabelecer a simetria entre homens e mulheres no planejamento familiar, pois, apesar do art. 5º da Lei nº 9.263/63 aparentar uma isonomia entre gêneros, na realidade, quem engravida e corre todos os riscos é a mulher. Nos dias de hoje, as mulheres estão cada vez mais ingressando nas faculdades, nos cursos de pós-graduação, desejando viajar e, nem sempre a felicidade delas está em ser mãe. A maternidade, para algumas mulheres, é um suplício que elas jamais desejariam viver e isto deve ser respeitado, não por questões morais ou de respeito ao próximo, mas em nome

de valores constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988, como a não discriminação entre homem e mulher e a garantia do livre planejamento familiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos Direitos Humanos*. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONJUR. *ADI contesta consentimento de cônjuge para esterilização*. 2014. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-mar-19/adi-contesta-consentimento-conjuge-esteriliza cao-voluntaria. Acesso em 30 de abril de 2017.

EFRAIM, Anita. *Mulheres que não querem ser mães ainda são julgadas por suas escolhas*. Disponível em: http://emais.estadao.com.br/noticias/comportamento,mulheres-que-nao-querem-ser-maes-ainda-sao-julgadas-por-suas-escolhas,10000082223. Acesso em 01º de maio de 2017.

GUILHEM, Dirce. *Bioética, gênero e saúde pública*. In. FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone. Bioética e saúde pública. São Paulo: Loyola, 2009.

JARDIM, Renata Teixeira. *Esterilização feminina na ótica dos direitos reprodutivos, da ética e do controle de natalidade*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/e steriliza%C3%A7%C3%A3o-feminina-na-%C3%B3tica-dos-direitos-reprodutivos-da-%C3%A 9tica-e-do-controle-de-natalid. Acesso em 30 de abril de 2017.

LITTLE, Margareth. Why a feminist approach to bioethics? *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 6, 1996, 1-18.

PIOVESAN, Flávia. *Temas atuais de direitos humanos*. São Paulo: 1998.

R7. *Domingo Espetacular* **revela que mulheres sem filhos também querem fazer laqueadura. Disponível em:** http://noticias.r7.com/domingo-espetacular/exclusivo--domingo-espetacular-revela-que-mulheres-sem-filhos--tambem-querem-fazer-laqueadura-11082016. Acesso em 30 de abril de 2017.

RINALDI, Alessandra de Andrade. Biodeterminismo e direitos humanos das mulheres: da diferença à igualdade. In.: KLEVENHUSEN, Renata Braga (coord.). *Temas sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STF. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097*. Disponível em: http://www.stf.jus.br/ portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M. Acesso em 30 de abril de 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VENTURA, Miriam. *Direitos reprodutivos no Brasil*. 2004. Disponível em: http://www. unfpa.org.br/Arquivos/direitos_reprodutivos.pdf. Acesso em 21 de maio de 2017.

VIANA, Adriana; LACERDA, Paula. *Direitos e políticas sexuais no Brasil*: o panorama atual. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.

____________; CARRARA, Sérgio Luis. Sexual politics and sexual rights in Brazil: a case study. In: PARKER, Richard; PETCHESKY, Rosalind; SEMBER, Robert (Org.). *Sexpolitics. Reports from the front lines*, 2007.

REORGANIZAÇÃO HETEROGÊNEA: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DAS OPERAÇÕES ENTRE ENTES DE NATUREZAS DISTINTAS

Taís Bahia Vianna Rodrigues da Silva

INTRODUÇÃO

A reorganização (transformação, incorporação, fusão e cisão) reúne os negócios jurídicos típicos ou nominados realizados, na forma prevista em lei, pelas pessoas jurídicas de direito privado, enumeradas no rol taxativo do art. 44 do Código Civil de 2002, podendo ocorrer, segundo Modesto Carvalhosa (2005), na modalidade homogênea (entre pessoas jurídicas de mesma natureza) ou heterogênea (entre pessoas jurídicas de naturezas distintas).

Ocorre que a transformação de associações e de cooperativas em sociedades empresárias e vice-versa passou a ter o arquivamento de seus atos negado pelas Juntas Comerciais, por entendimento uniformizado pelo Departamento de Registro Empresarial e Integração - DREI, por meio do Ofício Circular n.º 366/2014/DREI/SRS/SMPE-PR.

No decorrer das discussões a respeito da possibilidade jurídica do tema suscitado, destaca-se a análise de dois dispositivos:

o art. 1.113 e o art. 2.033, ambos do Código Civil de 2002. O primeiro dispõe que o ato de transformação independe de dissolução ou liquidação societária; o segundo prevê expressamente a possibilidade dos atos de reorganização das pessoas jurídicas de direito privado, sem discriminação de natureza.

Ora, cabe ao jurista o olhar inquieto quanto à aplicação prática da norma administrativa ou legal, levando em consideração os fatores históricos e sociais, para introduzir o debate como um dos métodos mais eficazes para a construção e/ou reformulação de entendimentos e ideias presentes na comunidade jurídica.

Em suma, por meio de uma análise dialética e crítica das normas legais e administrativas, da jurisprudência e da doutrina, busca-se demonstrar a aplicabilidade social da reorganização heterogênea, utilizando-se de recursos hermenêuticos para descortinar argumentos que se afastem da verdadeira *mens legis* e daquilo que foi de fato expressado ou omitido pelo legislador, destacando-se a flagrante ausência de vedação legal.

1. PRINCÍPIOS COMUNS ÀS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO

O art. 44 do Código Civil de 2002 lista como pessoas jurídicas de direito privado: associações, sociedades, fundações, organizações religiosas, partidos políticos e empresas individuais de responsabilidade limitada - Eirelis[56].

Para o desenvolvimento do presente trabalho, dada a maior especificidade do objeto das organizações religiosas e dos partidos políticos, serão analisadas as três estruturas mais comuns do direito empresarial: fundações, associações e sociedade (simples ou empresárias).

Apesar das distinções basilares entre cada uma dessas formas jurídicas, alguns princípios transitam comumente entre todas, a

56. Segundo a Instrução Normativa n.º 35 do DREI, a Eireli pode ser transformada em empresário individual e em sociedade limitada e vice-versa, não sendo abrangidas, nesse cenário, as sociedades anônimas, as sociedades simples e as cooperativas.

exemplo do princípio da preservação da empresa e do princípio da proteção do nome empresarial, que, apesar de terem surgido no bojo das sociedades empresárias, podem ser utilizados em casos que envolvam outras pessoas jurídicas de direito privado.

O princípio da preservação da empresa pode ser aplicado por analogia, de acordo com o caso concreto, como é observado no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> E M E N T A
>
> PENHORA SOBRE FATURAMENTO DE ASSOCIAÇÃO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.
>
> Não indicando o devedor bem livre a ser penhorado, bem assim inexistindo outros bens passíveis de constrição, presente situação excepcional apta a autorizar a penhora da receita do faturamento diário da empresa.
>
> Em atendimento ao princípio da preservação da empresa, afigura-se razoável a delimitação da penhora no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o faturamento diário da associação, de modo a não inviabilizar as atividades desta. (Agravo de Instrumento 20110020025406AGI/Relatora Carmelita Brasil)

Já o princípio da proteção do nome empresarial é aplicável às demais pessoas jurídicas de direito privado por equiparação, como prevê expressamente o art. 1.155, parágrafo único, do Código Civil.

2. COMPETÊNCIA DAS AUTORIDADES REGISTRAIS

A Lei de Registro Público de Empresas Mercantis (Lei n.º 8.934, de 18 de novembro de 1994) determina a competência

do DREI (art. 4º) - ao qual cabe, dentre outras funções, orientar, instruir e solucionar dúvidas quanto à interpretação das leis e normas pertinentes - e das Juntas Comerciais (art. 8º), às quais cabe executar serviços de matrícula, arquivamento e autenticação, assentar usos e práticas mercantis, dentre outras atribuições.

Cabe observar que cada Junta Comercial está subordinada, administrativamente, ao governo da unidade federativa de sua jurisdição e, tecnicamente, ao DREI (art. 6º da Lei n.º 8.934/94).

A Lei de Registros Públicos (Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973), por sua vez, regula o funcionamento dos Registros Civis de Pessoas Jurídicas - RCPJs (dentre outros órgãos de registro público, como o Registro de Títulos e Documentos - RTD), que é responsável pelo registro dos atos documentais das "sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública" e partidos políticos (art. 114).

Cabe, portanto, às autoridades registrais analisar se os documentos que lhes são apresentados para registro preenchem as formalidades determinadas pela norma legal ou administrativa e se sua matéria não é contrária aos bons costumes e à ordem pública, sem adentrar questões materiais de caráter estritamente estrutural e estratégico de cada entidade.

Nesse sentido, Modesto Carvalhosa (2005), esclarece, por exemplo, que a assembleia geral da associação (art. 59 do Código Civil), é órgão soberano incumbido de expressar a vontade social. Cabe somente a ela a competência para decidir sobre as modificações estruturais a serem realizadas nas associações.

Salienta-se que essa competência exclusiva, que deve naturalmente ser compreendida para além das associações (fundações e sociedades também), há de ser respeitada. Do contrário, seriam violados os princípios fundamentais da autonomia da

vontade e da liberdade de contratar, os quais apenas podem ser balizados por normas imperativas ou proibitivas.

Ou seja, cabe ao sócio suscitar a anulabilidade de deliberação assemblear, bem como cabe a eventual terceiro lesionado pleitear qualquer restituição e/ou sanção, na hipótese de dano causado pela reorganização heterogênea, sendo afastada a deliberalidade dos órgãos de registro sobre essas questões.

3. HISTÓRICO DO POSICIONAMENTO DAS AUTORIDADES REGISTRAIS

Para compreender o atual posicionamento das autoridades registrais a respeito do tema suscitado, é preciso traçar o histórico das reorganizações heterogêneas realizadas no Brasil e no mundo.

3.1 DESMUTUALIZAÇÃO DAS BOLSAS DE VALORES NO BRASIL E NO MUNDO

Os casos mais notórios de reorganizações envolvendo pessoas jurídicas de naturezas distintas são: (i) a transformação, abertura de capital e fusão da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) e da Bolsa de Mercadorias e Futuros (BM&F); e (ii) a transformação da Cetip, que também era uma associação de caráter econômico, em sociedade anônima.

No segundo semestre de 2007, a Bovespa e a BM&F realizaram reformas estruturais que resultaram na transformação de ambas as associações em sociedades anônimas (processo que foi denominado “desmutualização”), com a posterior abertura de capital por meio de ofertas públicas iniciais (*Initial Public Offerings - IPOs*).

Posteriormente, em fevereiro de 2008, houve a criação da companhia BM&F Bovespa – Bolsa de Valores, Mercadoria e Futuros, por meio da fusão das outras duas companhias men-

cionadas, de forma a reunir as operações de ambas em uma única estrutura acionária.

Nesse mesmo sentido, em 2008, foi aprovada a desmutualização da Cetip Associação, que deixou de ser uma associação sem fins lucrativos e tornou-se uma sociedade anônima, com seu estatuto social arquivado na Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP.[57]

Nota-se, ainda, que esse fenômeno de desmutualização já vinha ocorrendo, de forma pioneira, nas bolsas da Europa e da Ásia, como leciona Nelson Eizirik (2011, pp. 217-218). A Bolsa de Valores de Estocolmo foi a primeira a desmutualizar-se, em 1993. Em seguida, diversas outras bolsas foram submetidas ao mesmo processo, como a Bolsa de Valores de Helsinki, em 1995, a Bolsa de Valores de Copenhagen, em 1996, a Bolsa de Valores de Amsterdã e a Bolsa de Valores da Itália, em 1997. As Bolsas de Valores de Singapura, Hong Kong, Toronto, a London Stock Exchange e a Euronext desmutualizaram-se no ano 2000.

As bolsas dos Estados Unidos aderiram ao processo apenas em 2002, tendo sido a Chicago Mercantile Exchange a primeira bolsa estadunidense a ser desmutualizada, seguida pela Chicago Board of Trade e pela NASDAQ. Em 2006, a New York Stock Exchange (NYSE) e a New York Mercantile Exchange (NYMEX) percorreram o mesmo caminho.

3.2 TRANSFORMAÇÃO DAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS EM SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

A Comissão das Sociedades de Advogados da OAB/SP sustentou, na forma de parecer, posicionamento favorável à

57. Vale observar que, atualmente, em 2017, foi implementada a incorporação da Cetip pela BM&F Bovespa, o que acarretou na alteração da denominação social desta para B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão.

questão aqui suscitada, no que toca à possibilidade jurídica de transformação de sociedade de advogados, logo sociedade simples (art. 15 do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB) em sociedades empresárias..

Os membros presentes na Reunião da Comissão das Sociedades de Advogados realizada em 14 de maio de 2009, pela qual foi aprovado por unanimidade o mencionado parecer, concluíram que a transformação é possível, "uma vez que não há lei impediente". Observa-se que, embora seja o caso de uma reorganização homogênea, há a coordenação entre órgãos registrais distintos.

3.3 POSICIONAMENTO DO DREI E DAS JUNTAS COMERCIAIS

O entendimento geral das Juntas Comerciais era favorável ao registro das reorganizações heterogêneas. Contudo, em dezembro de 2014, o DREI passou a orientar os presidentes das Juntas Comerciais de maneira contrária ao posicionamento que até então prevalecia, por meio do Ofício Circular n.º 366/2014/DREI/SRS/SMPE-PR, com o novo entendimento de que "o instituto da transformação não pode se operar entre cooperativa e sociedade empresária e nem entre associação e sociedade empresária".

O mencionado ofício corroborou o posicionamento exposto no Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e Serviços – MDIC, ratificado pela Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República – SMPE, datado de maio de 2013.

Essa mudança de posicionamento foi formalizada após a provocação movida no contexto de uma associação – Centro de Tecnologia Canavieira - CTC – que, em 2011, arquivou no RCPJ e na Junta Comercial competentes os atos necessários para sua transformação em sociedade anônima de capital aberto, com

o intuito de atrair mais recursos financeiros e tecnológicos às pesquisas do setor.

O CTC foi criado em 1969 na forma de cooperativa, originalmente como um departamento de pesquisa da Cooperativa de Produtos de Cana-de-Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo, tendo assumido, em 2004, a forma de associação civil sem fins lucrativos, após emancipar-se da estrutura da referida cooperativa, que havia sido criada por iniciativa de um grupo de usinas do interior paulista. A ideia era agregar novos colaboradores para execução de seu objeto: pesquisa e difusão de novas tecnologias e de cultivares para aplicação nas atividades agrícolas, logísticas e industriais dos setores canavieiro e sucroalcooleiro.

Ocorre que, em 2011, após deferimento do arquivamento dos atos referentes à transformação da mencionada associação em sociedade anônima de capital aberto pelo 4º Cartório de Títulos e Documentos e Registro Civil de Pessoas Jurídicas de São Paulo e, ato contínuo, pela Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP, a Procuradoria da JUCESP requereu sua Revisão Administrativa (Revex n.º 997.072/11-8).

Em seguida, o Presidente da JUCESP manteve a regularidade do registro, em decisão referendada pela 1ª Turma de Vogais, o que motivou a interposição do Recurso Plenário pela Procuradoria (Replen n.º 990.353/11-4), que veio a ser negado. A Procuradoria da JUCESP interpôs, portanto, o Recurso ao Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (Remin n.º 995.011/12-6).

Afirmou-se que a redação atribuída aos manuais de registro do DREI, constantes dos anexos da Instrução Normativa DREI n.º 10/2013, posteriormente revogada pela Instrução Normativa DREI n.º 38/2017, não contempla a possibilidade de arquivamento de atos de transformação de associações e de cooperativas em sociedades empresárias.

As autoridades registrais salientaram, ainda, que o art. 63, IV, da Lei n° 5.764, de 16 de dezembro de 1971, prevê a dissolução de pleno direito das cooperativas como efeito da modificação de sua forma jurídica. Sendo assim, a solução proposta pelo mencionado ofício foi a liquidação da cooperativa com reembolso dos créditos em favor dos cooperados e a constituição, logo em seguida, de uma sociedade.

Ora, a previsão da Instrução Normativa DREI n.º 10/2013 não colide com o disposto no art. 1.113 do Código Civil, segundo o qual: "O ato de transformação independe de dissolução ou liquidação da sociedade, e obedecerá aos preceitos reguladores da constituição e inscrição próprios do tipo em que vai converter-se".

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou a favor da possiblidade jurídica da transformação de cooperativas sem a necessidade de dissolução ou liquidação, com base nesse mesmo dispositivo do Código Civil (Recurso Especial n.º 1.528.304 - RS (2015/0088827-2)).

A Procuradoria da JUCESP, ao embasar suas razões recursais ao ministro do MDIC, citou o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível n.º 990.10.208.229 - 6, que concluiu pela impossibilidade de transformação de fundação em qualquer outra forma societária, dada a distinção estrutural entre as corporações (associações e sociedade), cuja natureza é de associação de pessoas, e as fundações, cuja natureza é substancialmente patrimonial.

Com relação às fundações, o mencionado acórdão traduz razoabilidade em sua técnica, uma vez que não se apega à letra da lei, demonstrando neutralidade em sua exegese. Vale, ainda, ressaltar que essa mesma decisão reconhece que associações e sociedades dividem o mesmo elemento estrutural, o que viabilizaria a transformação entre essas duas formas jurídicas. Observa-

-se que, em precedente posterior (Apelação Cível n.º 9101610-14.2007.8.26.0000), esse entendimento foi devidamente aplicado.

Ainda segundo a corrente contrária, também não existiria a possibilidade de transformação de associações, uma vez que, "a teor da melhor interpretação do Código Civil de 2002, a transformação opera-se somente entre sociedades". A solução dada para associações segue a mesma linha das cooperativas: proceder com a dissolução e consequente extinção da associação, na forma do art. 61 do Código Civil de 2002, para, na sequência, constituir uma sociedade empresária.

Todavia, na lição de Modesto Carvalhosa (1998, pp.185-186), toda transformação difere de uma nova constituição de sociedade, sendo mantida a mesma personalidade jurídica: "A doutrina e a jurisprudência são, atualmente, pacíficas no sentido de que não há constituição de nova sociedade, seja na transformação simples, seja na constitutiva, mas tão-somente alteração da forma adotada anteriormente". O autor destaca, ainda, que Cunha Peixoto e Bulgarelli tratam a transformação como mera alteração contratual. José Edwaldo Tavares Borba (2009, p. 480) leciona no mesmo sentido.

Ainda nesse contexto, o autor Modesto Carvalhosa cita o seguinte trecho doacórdão proferido, em votação unânime, no julgamento da Apelação Civil n.º 101.142-2 (TJSP, 24-6-1985):

> Prevalece, contudo, o entendimento de que a transformação, prescindindo da dissolução e liquidação da sociedade que vai se transformar, não faz surgir nova sociedade, não se havendo falar em sucessão. É a antiga sociedade mantendo a mesma personalidade jurídica, porém com outras vestes.

Por fim, apesar dos argumentos contrários, a manutenção do registro do CTC como sociedade anônima acabou sendo

deferida, visto que o questionamento da Procuradoria da JUCESP foi posterior ao regular funcionamento da companhia.

Contudo, as Juntas Comerciais passaram a adotar um posicionamento contrário a essa possibilidade, alinhando-se ao Ofício Circular n.º366/2014/DREI/SRS/SMPE-PR. Inclusive, algumas Juntas Comerciais, como as dos estados de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe (JUCEMG, JUCESC, JUCESP e JUCESE, respectivamente), já se posicionaram expressamente, por meio de resoluções, pareceres e decisões administrativas, de forma contrária à possibilidade de arquivamento de atos societários que envolvam transformação entre associações e sociedades empresárias[58]. Observa-se, todavia, que os RCPJs até o momento não se posicionaram de forma contrária a esses registros.

Ato contínuo, o DREI publicou a Instrução Normativa n.º 35, de 03 de março de 2017, que prevê como única forma de reorganização heterogênea a transformação envolvendo sociedade empresária, empresário individual e Eireli. A mencionada instrução divide, ainda, a transformação em "societária" (arts. 1.113 do Código Civil e 220 da Lei das Sociedades por Ações) e "de registro" (arts. 968, parágrafo 3º e 1.033, parágrafo único, ambos do Código Civil), além de tratar os atos de incorporação, fusão e cisão como estritamente societários.

3.4 CONSIDERAÇÕES SOBRE O OFÍCIO CIRCULAR N.º 366/2014/DREI/SRS/SMPE-PR

A solução defendida pelas autoridades registrais, envolvendo a dissolução de uma pessoa jurídica e constituição de uma nova, não parece ser a mais razoável. Afinal, conforme mencionado supra, o princípio da preservação da empresa e a proteção do nome empresarial podem ser aplicados por equi-

58. JUCEMG: Resolução do Plenário n.º RP/003/2013 e Entendimento 175; JUCESC: Parecer n.º 174/08; JUCESP: Decisão 03.12.14/ item 1.1; e JUCESE: Resolução Plenária n.º 03/2015.

paração às sociedades simples, às associações e às fundações. A partir do momento em que é dada a baixa no CNPJ e no registro empresarial de uma pessoa jurídica, renuncia-se a certos direitos e garantias empresariais, por mais curto que seja o interregno entre a baixa e o novo registro.

Ademais, dissolve-se como consequência direta o patrimônio da pessoa jurídica, cujos haveres são divididos entre seus integrantes, para, apenas na sequência tentar reunir novamente esse patrimônio para constituir o capital social da nova pessoa jurídica a ser registrada. O risco de perda de capital nesse interregno parece ter sido ignorado pelo mencionado ofício.

Além disso, é notório que processos simples, como arquivamentos de alterações contratuais, nem sempre correspondem à celeridade esperada, considerando o tempo de análise e de resposta e, ainda, exigências que podem ser formuladas pelas autoridades de registro.

Portanto, o princípio da celeridade e o princípio da economia processual, também integrados aos processos administrativos, parecem ter sido ignorados pelo Ofício Circular n.º 366/2014/DREI/SRS/SMPE-PR, uma vez que se exige a realização de dois processos (dissolução e constituição), em vez de um único (transformação).

Nota-se, ainda, que a *ratio* do posicionamento sob análise aplica-se também aos demais atos de reorganização entre pessoas jurídicas de natureza distinta, dentro dos limites de suas especificidades, uma vez que os dispositivos legais suscitados pelos órgãos registrais concernem também aos atos de incorporação, de fusão e de cisão, e não exclusivamente à transformação. Além disso, a transformação pode estar coligada à incorporação e à fusão entre pessoas jurídicas de natureza distinta, bem como à cisão com versão de parcela do patrimônio cindida para uma outra pessoa jurídica, podendo envolver, conforme o

caso, a coordenação de órgãos de registro distintos (*e.g.* RCPJ e Junta Comercial).

5. AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL E OUTROS DISPOSITIVOS RELEVANTES

Em uma primeira análise, o art. 2.033 do Código Civil autoriza expressamente a realização de qualquer ato de reorganização, seja ela homogênea ou heterogênea, desde que contemple as pessoas jurídicas dispostas no rol do art. 44 do mesmo diploma.

Vale salientar que, na esfera do direito privado, respeita-se a máxima de que "o que não é proibido é permitido". Ou seja, se o legislador não distingue, não caberá ao intérprete fazê-lo. Portanto, se o art. 2.033 não faz discriminação com relação a nenhuma das pessoas jurídicas do art. 44, às quais aplicam-se as regras de reorganização, não seria razoável, nem lógico, afirmar que haja qualquer vedação ou impossibilidade jurídica quanto a qualquer forma de reorganização entre pessoas jurídicas de natureza distinta, salvo previsão legal em contrário.

Portanto, qualquer interpretação da lei que conclua pela proibição de reorganizações envolvendo naturezas distintas de pessoas jurídicas deve ser tratada como uma exacerbação do papel de intérprete exercido pelo operador do direito. Nesse sentido, Carlos Maximiliano (2011, p.84) leciona o seguinte:

> Cumpre evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de *forçar a exegese* e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto idéias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvairado por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos.

O fato de o Capítulo X do Código Civil e os manuais de registro elaborados pelo DREI fazerem menção apenas às sociedades, ao regularem diretamente sobre as reorganizações, não anula o fato de o mesmo diploma dispor expressamente, em seu art. 2.033, sobre a possibilidade de implementação de "transformação, incorporação, cisão ou fusão" das pessoas jurídicas previstas no rol taxativo do seu art. 44, sem determinar que essas modificações envolvam necessariamente pessoas jurídicas de mesma natureza.

Outrossim, Gilmar Ferreira Mendes (1998, p. 35-6) leciona que o princípio da segurança jurídica orbita na condição de que as normas restritivas de diretos sejam claras e definidas. Isso porque o cidadão eventualmente atingido pela norma deve ser capaz de identificar a possível restrição a seu direito e o novo contexto jurídico no qual será inserido.

Nesse diapasão, entende-se que a determinação de que as normas restritivas de direito sejam claras e precisas é também uma garantia para o cidadão atingido pela norma de que a autoridade que venha a aplicá-la não imporá restrições ilegítimas ao primeiro sujeito.

Vale mencionar, ainda, o princípio da legalidade, disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, pelo qual "ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa em virtude de lei". Se a lei não proíbe a incorporação envolvendo associação e sociedade empresária, por exemplo, por que a autoridade registral teria competência para impedir essa operação?

Além da ausência de vedação legal explicitada acima, é possível afirmar que o legislador já chegou até mesmo a incentivar a reorganização de associações, mais precisamente a transformação envolvendo clubes de futebol, conforme a *mens legis* demonstrada na revogada redação do art. 27 da Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé), dada pela Lei n.º 9.981/2000:

> Art. 27. É facultado à entidade de prática desportiva participante de competições profissionais:
>
> I – transformar-se em sociedade civil de fins econômicos;
>
> II – transformar-se em sociedade comercial;
>
> III – constituir ou contratar sociedade comercial para administrar suas atividades profissionais.

Modesto Carvalhosa (2005, p. 500) também defende a possibilidade jurídica de transformação das associações, utilizando como exemplo clubes e associações esportivas: "Também podem ser transformadas as associações sem fins lucrativos, como ocorre em todo o mundo com os clubes e associações esportivas." Como exemplos práticos de associações desportivas que foram transformadas em sociedades empresárias, temos o Esporte Clube Bahia, o Grêmio Porto-alegrense e o Boa Vista, dentre outros.

Nesse mesmo sentido, a Lei n.º 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos – PROUNI, estabelece em seu art. 13 que pessoas jurídicas de direito privado mantenedoras de instituições de ensino superior, sem fins lucrativos, poderão ter sua natureza jurídica transformada em sociedades de fins econômicos, como os exemplos da Estácio Participações S.A. e da Anhanguera Educacional S.A. - associações que foram transformadas em companhias.

A respeito dos aspectos tributários do tema trabalhado, vale salientar que a legislação tributária federal prevê as hipóteses de reorganização - incorporação, fusão e cisão – das associações na alínea "g" do parágrafo 2ª do art. 12, art. 15 e parágrafo único do art. 16 da Lei n.º 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Além disso, por meio da Consulta 7, de 03 de junho de 2002, a Receita Federal do Brasil admitiu expressamente a

possibilidade de "transformação de instituição de ensino superior que adotasse a forma jurídica de associação civil em sociedade civil com fins lucrativos". Por outro lado, refutou-se a possibilidade de transformação de uma fundação em sociedade simples ou empresárial.

Ao analisar algumas das premissas adotadas pela Consulta n.º 7/2012, Gilberto de Castro Moreira Junior (2008) afirma que o processo de transformação "não implica em acréscimo patrimonial para os associados, ainda que se entenda, para fomentar os debates, ter havido a substituição de uma participação societária por outra em decorrência de extinção de associação e criação de nova sociedade".

Em caráter corroborativo, a Portaria Conjunta da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e da Receita Federal do Brasil n.º 1, de 20 de janeiro de 2010 (DOU 22/1/10), editada posteriormente à Consulta n.º 27/2002, aprovou novos modelos de certidão negativa de débitos, mencionando expressamente as hipóteses de "cisão total ou parcial, fusão, incorporação, ou transformação de entidade ou de sociedade empresária ou simples".

Armando Rovai (2014a), ex-presidente da Junta Comercial de São Paulo, também entende que inexiste impedimento legal para a transformação de uma associação em sociedade empresária.

Diante disso, demonstra-se que a hipótese de reorganização heterogênea encontra-se em conformidade com o Código Civil e os princípios constitucionais que orientam a Administração Pública – legalidade e eficiência (art. 37 da Constituição Federal), bem como o princípio da autonomia da vontade e o princípio da liberdade para contratar.

CONCLUSÃO

O atual posicionamento do DREI e das Juntas Comerciais, manifestado pelo Ofício Circular n.º 366/2014/DREI/SRS/SM-

PE-PR, contrário à possibilidade jurídica dos atos de transformação de associações e de cooperativas em sociedades empresárias e vice-versa, não traduz entendimento mais acertado, uma vez que resta clara a ausência de impedimento legal sobre a questão.

Salienta-se que, ao tratar do ato de transformação, em específico, o DREI estende, ainda que indiretamente, seu entendimento para os demais atos de reorganização heterogênea, uma vez que a discussão abarca os mesmos dispositivos legais, sem mencionar que transformação seria uma consequência direta e inevitável da incorporação, da fusão e da cisão com incorporação de parcela cindida envolvendo pessoas jurídicas de naturezas distintas.

Cumpre, contudo, observar que a regra maior que impera nas relações privadas exige previsão legal expressa para a aplicação de qualquer interpretação restritiva de direitos. Cabe ao hermeneuta interpretar a norma respeitando as limitações impostas pelas regras gerais do direito privado. Ou seja, nesse contexto, prevalece a máxima de que "o que não é proibido, é permitido".

Além da inexistência de óbice legal, o art. 2.033 do Código Civil prevê expressamente a possibilidade jurídica dos atos de reorganização entre as pessoas jurídicas de direito privado previstas no rol taxativo do art. 44 do mesmo diploma. Ademais, a aplicação, por analogia, dos dispositivos do Código Civil (arts. 1.113 a 1.122) e da Lei das Sociedades por Ações (arts. 220 a 234) que dispõem sobre as reorganizações societárias às demais formas jurídicas, conforme aplicável, é perfeitamente compatível com as regras gerais de direito.

Cabe, ainda, ressalvar que, no caso das fundações, sua natureza essencialmente patrimonial difere-se da estrutura associativa das sociedades e das associações, suscitando a questão da impossibilidade do ato da transformação desse ente jurídico. Além disso, vale destacar a inaplicabilidade do art. 63, IV, da Lei n.º 5.764/71, que versa sobre a necessidade de dissolução ou

liquidação das cooperativas em caso de transformação, considerando o entendimento atual dos tribunais.

Nesse diapasão, destaca-se que as leis nascem para serem interpretadas, tanto em suas manifestações quanto em suas omissões. Cabe ao operador do direito o constante exercício de interpretar as leis dentro de um limite que abarque o princípio da razoabilidade e o princípio da segurança jurídica.

Faz-se, portanto, necessário reavaliar a prática atual das autoridades registrais brasileiras, de forma a se realinharem tanto às previsões quanto às omissões da legislação nacional a respeito do tema suscitado, dentro do limite de suas competências, garantindo segurança e equilíbrio às relações sociais. Ressalta-se que cabe a essas autoridades atribuir fé pública a documentos que sejam trazidos a registro, competência essa que não deve ser confundida com as atribuições concernentes à esfera do poder legiferante.

REFERÊNCIAS

A.J. Azevedo. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.528.304 - RS (2015/0088827-2) Brasília, DF, 20 de agosto de 2015. Min. Relator: Humberto Martins. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=51390650&num_registro=201500888272&data=20150901&tipo=5&formato=PDF. > Acesso em: 01.06.2017, 21:30.

BORBA. José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Editora Renovar. 2009. 12ª Edição. 572 p.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Vol. 4, Tomo I. São Paulo, Saraiva, 1998.

_____. *Comentários ao Código Civil – Parte Especial do Direito de Empresa*, v. 13, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariadna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. *Mercado de Capitais Regime jurídico*. 3ª ed. 2011. Rio de Janeiro: Renovar, 660 p.

LAMY FILHO, Alfredo; BULHÕES PEDREIRA, José Luiz (Coord.). *Direito das Companhias*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1614 p.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20ª ed. Rio de Janeiro. Editora: Forense. 2011. p. 335.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. 478 p.; 2ª edição em 1999, 518 p.; 3ª edição em 2004, São Paulo: Saraiva, 483 p.

MOREIRA JUNIOR, Gilberto de Castro. *Aspectos tributários da transformação de Associação sem fins lucrativos em Sociedade Simples ou Empresária*. FISCOSoft, v. 1, 2009.

BRASIL. *Ofício Circular n.º 366/2014/DREI/SRS/SMPE-PR*. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/446666/RESPOSTA_PEDIDO_Ofcir%20366%202014%20NATN.pdf> Acesso em: 31 de maio de 2017, 01:48:31.

ROVAI, A. L. *Não há impedimento para transformar associação em sociedade empresária*. Boletim de notícias: Conjur, 2014a.

____. *Possibilidade jurídica de transformação de associação em sociedade*. Revista de Direito Empresarial, v. 5, p. 57-83, 2014b.

MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO SOLUÇÃO PARA ALIENAÇÃO PARENTAL

Tatiana C. dos Reis Filagrana

INTRODUÇÃO

Os comportamentos decorrentes da prática de alienação parental ganharam importância a partir das pesquisas realizadas por Richard Gardner, definida pelo mesmo, como Síndrome de Alienação Parental, em meados dos anos 80.

No Brasil, a alienação parental apenas ingressou no contexto jurídico em 2010, com a promulgação da Lei n. 12.318. Embora tal assunto já fosse discutido muito antes da promulgação da referida lei.

Na realidade a alienação em si, ou seja, a manipulação exercida por um dos genitores sobre o filho menor para atingir o outro genitor, vem ocorrendo ao longo dos anos, porém, em que pese ser um assunto de suma importância, até então não tinha tido uma força tamanha a ponto de ser vista sob os "olhos jurídicos". A visão clara e ampliada a respeito dessa conduta vem em decorrência das mudanças sociais advindas ao longo dos anos. A sociedade vem mudando e, muito, e, com isso, a legislação também "transformar-se", visando adequar-se melhor à realidade social, e, principalmente às relações familiares.

A família como é vista hodiernamente não é nem a sombra de como era vista e conceituada há alguns anos atrás. Não se discutia sobre determinados assuntos abertamente, muito menos sobre alienação parental, mesmo já estando presente em inúmeros seios familiares tal pratica. Observa-se que existia uma hierarquia dentro do núcleo familiar, onde o pai era tido como um Deus e, quem, quer que fosse que denegrisse ou se opusesse à essa imagem seria punido severamente.

Com a evolução, principalmente após a Revolução Industrial, a mulher passa a ganhar mais espaço na sociedade, e, assim, consequentemente, passa a ter muito mais direitos dentro do núcleo familiar.

A evolução social, embora necessária, também traz consigo inúmeras situações que, em dado momento, podem ser tidos como “obstáculos” para alguns genitores.

O pai passa a sentir o prazer de ser pai e amigo do filho, e em caso de ruptura conjugal não se contenta mais apenas com as visitas pré-determinadas judicialmente. O pai entende que sua função não é apenas ser o provedor da família, já que a mãe também exerce esse papel, mas sim, vivenciar com os filhos seus problemas, ansiedades e etc.

Assim, surgem os complicadores: a mãe, sentindo-se frustrada com a ruptura conjugal, não elaborando bem tal situação, transmite ao filho todos os sentimentos negativos, fazendo com que este se torne seu aliado nessa busca incessante e desesperada de vingar-se do “culpado” pelo relacionamento não ter tido êxito. Acaba “atropelando” os sentimentos do filho, programando-o para odiar o outro genitor.

A alienação parental nada mais é em síntese, que essa programação do filho para odiar o outro genitor.

Cumpre-nos observar que não existe uma “formula mágica” para prevenir o exercício de tal conduta. A lei de alienação

parental surge para "coibir" tal pratica, servindo de prevenção, bem como para aplicar as reprimendas necessárias ao responsável pela alienação, atenuando assim, seus efeitos.

Importante ressaltar que os genitores precisam pensar de forma equilibrada sobre seus deveres para com os filhos, principalmente entender que cuidar, em sentido amplo não é somente prover financeiramente, mas sim, respeitar o direito fundamental de afetividade, respeitando os princípios primordiais: princípio do melhor interesse da criança, princípio da dignidade humana e princípio da paternidade responsável.

Educar e amar é acima de tudo, respeitar.

A Mediação expressa uma crescente necessidade no contexto das famílias e na amplitude da sociedade, pois traz importantes contribuições para, além de descentralizar do Judiciário as contendas de família (que tanto atravancam o andamento processual como prejudicam ainda mais os conflitos litigantes entre as pessoas), como auxilia as pessoas a conversar melhor, pensar melhor, discutir melhor os assuntos que são realmente importantes, e sem perder o foco no desenvolvimento saudável dos filhos.

1. ALIENAÇÃO PARENTAL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Inicialmente a alienação parental foi tida como uma síndrome, conforme foi mencionado pela primeira vez por Richard Gardner, em 1985, psiquiatra norte-americano, medico, perito e professor da Clínica de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia (EUA). A síndrome, consoante os estudos de Gardner manifestam-se nos casos de ruptura conjugal conflitante, litigiosa.

A alienação parental foi tida como síndrome por Gardner, tendo em vista a frequência com que esta surgia perante os tribunais, definindo-a como *"um conjunto de sintomas apre-*

sentados pelos filhos como resultantes da influência de um dos genitores, que se utiliza de diversas estratégias tentando manipulá-los com o objetivo de bloquear, impedir ou até destruir seus vínculos afetivos com o outro genitor".[59]

Frisa-se que a manipulação exercida sobre o filho é um dos aspectos principais, caracterizadores da alienação parental.

Analicia Martins de Sousa, em seu livro Síndrome da Alienação Parental: Um novo tema nos juízos de família[60]- traduz parte de um importante texto de Richard Gardner a respeito da referida síndrome *"a SAP é um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda dos filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte-americano, resulta da programação da criança, por parte e um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada à colaboração da criança – tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome (Gardner, 2001)".*[61]

Para Richard Gardner, a Síndrome de Alienação Parental é tida como uma perturbação da infância ou adolescência que surge em decorrência de um conflito conjugal, onde um dos genitores inicia uma campanha para que a criança venha rejeitar veemente o genitor não guardião.

Como consequência deste conflito conjugal, vivenciado pelos genitores, inicia-se o jogo de manipulações, onde o fi-

59. DUARTE. Lenita Pacheco Lemos. **A Guarda dos Filhos na Família em Litigio**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

60. SOUSA. De Analicia Martins. **Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família**. 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

61. O texto em língua estrangeira é: "The parental alienation syndrome (PAS) is a childhood disorder that arises almost exclusively in the contexto of child-custody disputes. Its primary manifestation is the child's campaign of denigration against a parente, a campaign that has no justification. It results from the combination of a programming (brainwashing) parent's indoctrination and the child's own contributions to the vilification of the target parente. When true parental abuse and/or neglect is presente, the child's animosity may be justified and so the parental alienation syndrome explanation for the child's hostility is not applicable". Disponivel em: http://www.rgardner.com/refs/pas_intro.html.

lho é “programado” para odiar um deles sem motivo aparente para tanto, ensejando assim, o afastamento do filho.

A lei n. 12.318/2010, conhecida como Lei da Alienação parental, trouxe em seu art. 2º algumas formas de alienação, contudo cabe ressaltar que tais formas são apenas exemplificativas, eis que, as pessoas mudam e suas táticas as acompanham.

Segue

> *Art. 2º. Lei n. 12.318/2010: Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.*
>
> *Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:*
>
> *I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;*
>
> *II - dificultar o exercício da autoridade parental;*
>
> *III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;*
>
> *IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;*
>
> *V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;*

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. [62]

Ao analisarmos de uma forma mais ampla a respeito do tema, verificamos que a "pratica" da alienação parental não é recente, ao contrário, sempre existiu desde que o pai começou a exercer outros papeis na vida de seus filhos. Embora, nos cabe deixar bem claro que ambos os genitores e outros membros da família podem praticar alienação parental.

No decorrer dos anos a figura do Pai, como patriarca de poder absoluto sobre a mulher e filhos, alterou-se. A mãe atualmente tem exercido na vida dos filhos, a mesma função que anteriormente somente o pai exercia[63]. A posição de chefe de família e único provedor do lar não são mais exclusivos do pai.

Como observa Douglas Philips Freitas, em seu livro, A Nova Guarda Compartilhada, a respeito da posição da mãe na família *"somente com o advento do Código Civil de 2002, houve a oficialização desta mudança de expressão, passando agora o poder gerencial dos filhos menores aos pais, não apenas ao genitor, a ser chamado de "poder familiar", consequentemente, consagrou o entendimento que a expressão da*

---

62. Site do Planalto. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm

Art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente: "O pátrio poder será exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciaria competente para a solução da divergência".

63. FREITAS, Douglas Philips. **A Nova Guarda Compartilhada: Comentários à lei n. 13.058 de dezembro de 2014**. 2ª ed. revisada e ampliada. Florianópolis: VoxLegem: 2015.

lei de 1916 (pátrio poder) não havia sido recepcionada pela Constituição Cidadã".[64]

O livro A Morte Inventada preleciona essa evolução a respeito das famílias *"a família nuclear centrada na mãe, como sendo dotada de um pendor natural para cuidar da prole, sobretudo em tenra infância, expressa hoje em dia uma visão naturalizada da família, cada vez mais distante da realidade. Do mesmo modo, a figura do pai provedor está longe de expressar os papéis que os homens são chamados a ocupar desde que as mulheres passaram a dividir com eles a provisão da família".* [65]

Ocorre que, na ruptura conjugal, a genitora ou o genitor descontente em ter sido lhe retirado o poder absoluto da guarda, que para este, era também um "meio de vingança", inicia um processo de implantação de falsas memorias ou alienação parental.

Os atos de alienação parental praticado por um dos genitores com intuito de prejudicar o outro têm início quando um deles se sente "injustiçado" com aquela situação de ruptura. O filho, neste caso, passa ser uma "arma" extremamente poderosa para "atacar" o outro genitor.

Maria Berenice Dias discorre sobre o tema da seguinte forma, *"muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição, ou raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descredito do ex parceiro. Nada mais do que uma " lavagem cerebral" feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Assim, o infante pas-*

---

64. 6 FREITAS, Douglas Philips. **A Nova Guarda Compartilhada: Comentários à lei n. 13.058 de dezembro de 2014**. 2ª ed. revisada e ampliada. Florianópolis: VoxLegem: 2015.

65. MINAS, Alan e Daniela Vitorino. (Org.) **A Morte Inventada: Alienação Parental em Ensaios e Vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014.

sa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato aconteceram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo o que lhe é informado". [66]

Em síntese ao que foi mencionado acima, o luto conjugal, termo utilizado por Maria Berenice Dias[67], quando não bem internalizado por um dos cônjuges, ou seja, quando não bem resolvido, acaba fazendo com que os sentimentos de raiva, desprezo e rancor seja transferido ao filho.

Salutar mencionar que nem sempre, a figura do "alienador" é a mãe, mas, também pode ser o pai, em relação a mãe e ao seu companheiro, os avós, tios ou padrinhos e até entre os irmãos. Inclusive, a incidência da alienação parental pode se dar quando o casal convive sob o mesmo teto.

A prática de alienação parental viola inúmeros princípios constitucionais: princípio do melhor interesse da criança, princípio da dignidade humana, princípio da paternidade responsável, bem como, viola o exercício do poder familiar, uma vez que o alienador "abusa" de tal função para beneficiar-se.

Necessário ponderarmos que a carga emocional negativa simplesmente "lançada" sobre o filho é tão intensa que acaba trazendo-lhe sequelas psicológicas para sua vida futura. Em alguns casos mais graves poderá ocorrer inclusive o suicídio praticado pelo filho alienado. Não raras vezes, os danos psicológicos causados no filho são irreversíveis.

As barreiras e empecilhos criados pelo genitor alienador, características da alienação parental, nada mais são que a

---

66. DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

67. Advogada. Ex- Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Vice Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Presidente da Comissão Especial da Diversidade Sexual do Conselho Federal da OAB.

exteriorização do sentimento de frustração do mesmo por ter "perdido" a união familiar, no sentido estrito.

A alienação parental passa a ser praticada em decorrência do "turbilhão" de sentimentos positivos e amorosos que nutriam aquela relação conjugal. Porém, ao se deparar com uma situação na qual um dos cônjuges não aprova, ou seja, a ruptura conjugal, inicia-se um processo de desestruturação daquela relação. Um dos cônjuges internaliza que tudo o que poderia fazer para que ambos permanecessem juntos, este fez, e, que o "culpado" de não ter a relação conjugal uma longa duração (até que a morte os separe!) é do outro cônjuge, transformando assim, todos aqueles sentimentos de amor, carinho e dedicação em sentimentos de raiva, de ódio e de vingança. Destarte, com essa transformação de sentimentos os filhos tornam-se as armas mais poderosas para se alcançar o que se pretende, ou seja, a vingança pela rejeição e abandono por parte do outro genitor, do lar conjugal.

O processo de transformação de sentimentos bons em sentimentos ruins é terreno fértil para o início da pratica da alienação parental. Na busca irracional de vingar-se do outro genitor que, a seu ver, tem culpa pela ruptura conjugal, um deles acaba fazendo com que o filho seja um importante aliado, agregando assim, ao filho as falsas memórias. Trata-se de um transtorno psicológico por parte do genitor alienador.

Por conseguinte, tratando-se de um transtorno psicológico, podemos dizer que tal transtorno sempre esteve prestes a ser exteriorizado, a ruptura conjugal apenas foi um "estopim" para essa exteriorização.

Salienta-se que a alienação parental também é conhecida como "falsas memórias", eis que, na busca constante de "vingança", o genitor alienador "implanta" no inconsciente do filho que houve abusos físicos, emocionais e, muitas ve-

zes, chega a incutir de forma sólida a ocorrência de abuso sexual, por parte do genitor não guardião.

Neste processo todo, não raras vezes são levadas tais práticas ao Poder Judiciário, a quem compete analisar tais denúncias de forma muito objetiva, através de perícia psicológica e outros recursos disponíveis para esclarecer os fatos.

A Alienação Parental constitui uma forma grave de maus tratos e abuso contra a criança e adolescente, que acaba ficando sem saber como se comportar para agradar e ser "amado" por ambos os genitores.

A visão do genitor alienador mediante aquela situação de ruptura conjugal é como uma "guerra", contudo, quando se trata de enlaces familiares não existem vencedores ou perdedores, mas sim, consequências que, em regra, são muito maiores e mais intensas na vida do filho, que fica no meio deste conflito.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL NO BRASIL - MARCO INICIAL

No Brasil, o termo utilizado por Richard Gardner, Síndrome de Alienação Parental, não foi adotado, tendo em vista que síndrome é o conjunto de sintomas, causados pela alienação parental. E, a lei de Alienação Parental instituída no Brasil, nos conduz para o estudo da conduta antijurídica de alienar, afastar o filho do outro genitor, motivado pelo sentimento de raiva e vingança.

A Alienação Parental (AP) caracteriza o ato de induzir a criança a rejeitar o pai / mãe-alvo (com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual). A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente dos atos de Alienação Parental. [68]

---

68. SILVA, Denise Maria Perissini da. A Nova Lei da Alienação Parental. Rio Grande (RS): Novembro/ 2013. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitu-

Com incomensurável brilhantismo o Dr. Elízio Luiz Perez explica o motivo de não ser adotado o termo síndrome no Brasil "em síntese, considera-se que há síndrome, segundo a teoria original norte-americana, quando a criança já responde efetivamente ao processo de alienação parental, contribuindo para que seja aprofundado. Há um debate internacional sobre a natureza do fenômeno e a pertinência de sua classificação como patologia que atinge a criança. Uma das questões é o fato de o conceito de síndrome pressupor única causa, em contraponto a visão sistêmica familiar, que leva em conta as responsabilidades de todos. Não há dúvida de que esse debate, profundo, pode trazer conhecimento importante para melhor abordagem da alienação parental. No entanto, independentemente do exame da eventual responsabilidade de todos os envolvidos, em seus diversos graus, na dinâmica de abuso, o abuso, em si, deve ser inibido ou, na pior hipótese, atenuado".[69]

A Lei nº 12.318/2010, Lei de Alienação Parental, em 26/08/2010, tem como primordial intuito defender os direitos fundamentais da criança e do adolescente, ou seja, a convivência adequada afetiva com os genitores.

Nos reportando ao passado, observamos que no final do século XX, houve inúmeras transformações comportamentais, refletindo-se diretamente no Direito de Família. A estrutura familiar alterou-se de forma muito significativa ao longo dos anos, bem como os direitos e deveres dos membros das famílias.

Gize-se que há alguns anos atrás nem ao menos se questionava a respeito de alienação parental, eis que na própria família existia hierarquia entre pai e mãe. No antigo Código Civil Brasileiro, o pai tinha o *"Pátrio Poder"*, expressão substituída no Código Civil de 2002, por "Poder Familiar". O que é mais

ra&artigo_id=9277.

69. Site disponível: http://filhoalienado.blogspot.com.br/

condizente com a realidade atual, tendo em vista a igualdade entre os genitores no âmbito familiar, onde pai e mãe possuem os mesmos direitos e deveres para com os filhos. O pai, após a ruptura conjugal não se contenta em somente pagar a pensão alimentícia e visitar o filho de forma fixa e regrada.

A Lei da Alienação Parental, no Brasil, surge como um reforçador, por assim dizer, dos direitos fundamentais já existentes, protegidos pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO SOLUÇÃO PARA ALIENAÇÃO PARENTAL

Historicamente, a família sempre esteve ligada à ideia de instituição sacralizada e indissolúvel. A ideologia patriarcal somente reconhecia a família matrimonializada, hierarquizada, matrimonializada e heterossexual, atendendo à moral conservadora de outra época, há muito superada pelo tempo. Com o patriarcalismo principiou a asfixia do afeto.[70]

Com as transformações ocorridas no conceito de família, mister, salientar os aspectos sociais e psicológicos deste conceito.

Primeiramente, ela é antes uma estruturação psíquica, onde cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função sem estarem necessariamente ligados biologicamente. Sendo assim, um indivíduo pode ocupar o lugar de pai sem que seja o pai biológico (...). É essa estrutura familiar que existe antes e acima do Direito que nos interessa investigar e trazer para o Direito. É sobre ela que através dos tempos o Direito em regulando e legislando, com o intuito de ajudar para mantê-la, que o indivíduo possa existir como cidadão.[71]

---

70. BARROS, Sergio Resende de. **A Ideologia do Afeto**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese v. 4, n. 14 (ju./set. 2002), p. 5-10.

71. LACAN, Jacques-Marie Émile. **Os complexos Familiares**, 1938, apud, Duarte. Lenita Pacheco Lemos**. A Guarda dos Filhos na Família em Litigio**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

A evolução e as mudanças significativas a respeito da estruturação da família, traz consigo a necessidade de mediar, conciliar.

Nazareth conceitua a Mediação como *'um método de condução de conflitos, voluntário e sigiloso, aplicado por um terceiro neutro e especialmente treinado, cujo objetivo é restabelecer a comunicação entre as pessoas que se encontram em um impasse, ajudando-as a chegar a um acordo.'* Para a autora, *'o objetivo é facilitar o diálogo, colaborar com as pessoas e ajudá-las a comunicar suas necessidades, esclarecendo seus interesses, estabelecendo limites e possibilidades para cada um, tendo sempre em vista as implicações de cada tomada de decisão a curto, médio e longo prazo".*[72]

Groeninga e Barbosa conceituam a Mediação como *'um método por meio do qual uma terceira pessoa neutra, especialmente treinada, colabora com as pessoas de modo a que elaborem as situações de mudança, e mesmo de conflito, a fim de que estabeleçam, ou reestabeleçam, a comunicação, podendo chegar a um melhor gerenciamento dos recursos'.*[73]

Segundo Braganholo, "o *processo de mediação pode ser uma maneira de aproximar as partes para discutir questões de interesse mútuo ou não, observando e mediando pontos de vista convergentes e divergentes. Dessa forma, é possível iniciar uma batalha contra os conflitos em questão, e então, discutir as razões e motivos que interferem nas decisões dos envolvidos. As partes do conflito precisam resolver questões complexas instauradas muito além do aspecto unicamente legal. E a mediação é uma forma de possibilitar momentos de comunicação entre o casal resolvendo questões emocionais que possibilitem uma separação ou divórcio baseado no bom senso, e não na vingança pessoal. Antes de tudo, a mediação*

---

72. NAZARETH, E.R. Guia de Mediação Familiar – aspectos psicológicos. In: APASE (org). **Mediação Familiar**. Porto Alegre: Equilíbrio, p.11-25, 2005.

73. GROENINGA, G.C. e BARBOSA, A.A. **Curso Intensivo de Mediação**. São Paulo, 2003.

dos conflitos familiares é uma oportunidade para o crescimento e a transformação dos indivíduos. E o mais importante: um crescimento que pressupõe desenvolvimento da capacidade, como pessoa humana, para expressar e fortalecer a capacidade de uma preocupação pelos outros. Essa situação é muito difícil de ocorrer, num processo de rompimento conjugal de união estável, separação ou divórcio, no atual sistema jurídico brasileiro, que não respeita a complexidade existente em relacionamentos que envolvem vínculos afetivos".[74]

A Mediação Familiar deve buscar a conscientização da *paternidade* como um dos componentes do desenvolvimento da criança, mas também dos próprios pais como adultos que exercem os papeis de pai e mãe. É importante que considerem seus papeis parentais e se preocupem com o bem-estar dos filhos, mas devem também ter a oportunidade de lidar com seus afetos, reorganizar suas identidades de forma mais abrangente, e elaborar o luto da separação mantendo o par parental (GROENINGA, 2003).

Considerando-se que a família é um sistema integrado de relações psicoafetivas, da qual depende o desenvolvimento de cada um dos membros, formando uma unidade que é "mais do que a soma dos elementos"[75], e que eventos, grandes ou pequenos, previsíveis ou não, afetam o padrão de interação familiar, é preciso que haja criatividade e flexibilidade para se buscar novas formas de relacionamento intrafamiliar, sob risco de que surjam conflitos não elaborados que atrapalhem o diálogo e impeçam a comunicação. Se a pessoa considera que a realidade é uma construção sua, terá a capacidade de assumir a responsabilidade por seus atos, palavras e omis-

---

74. BRAGANHOLO, B.H. Novo desafio do Direito de Família contemporâneo: a Mediação Familiar. Conferência proferida no **I Congresso de Direito de Família do Mercosul**, realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, de 2 a 4 de junho. **R. CEJ**. Brasília (DF), n. 29, p.70-79, abr./jun. 2005.

75. BERTALANFFY, L.V. **Teoria geral dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 3a. ed., 1997.

sões e não poderá "culpar" terceiros pelos acontecimentos, e acreditará que a realidade do outro também seja uma construção (CEZAR-FERREIRA, 2007)[76]

O mediador familiar deve estar atento a essas questões, para auxiliar os pais (ex-casal) a restabelecer o diálogo, reestruturar os projetos de vida e reorganizar a forma de condução da criação dos filhos. É importante considerar que, da mesma forma que uma sentença judicial impositiva, um acordo advindo de uma Mediação que não respeite seus princípios básicos e não considere a "escuta" psicoafetiva daquela família, acarretará o retorno de questões não resolvidas, através de novas demandas judiciais (CEZAR-FERREIRA, 2007, *cit.*).

Na realidade, não existe uma "fórmula" exata para se prevenir a prática da alienação parental, tendo em vista que, embora, em regra, a mesma inicie com a ruptura conjugal, pode também se dar antes de tal ruptura, como por exemplo, lares onde as discussões entre os genitores são constantes e, que um acaba denegrindo a imagem do outro na presença do filho.

Tudo o que se quer proporcionar é um ambiente saudável para o filho, inobstante estar o casal divorciado ou não. A ideia de divórcio não deve ser vista como uma "sombra negra", como o fim de tudo, mas sim, como o recomeço de uma nova relação entre os genitores. A vingança feita através dos filhos deve ser rechaçada pela sociedade e, principalmente pelo Poder Judiciário. A prioridade deve ser a mediação familiar como forma de solucionar ou, ao menos amenizar as consequências da pratica de alienação parental.

CONCLUSÃO

Concluímos que, embora os estudos de Richard Gardner tenham sido essenciais ao "descobrimento" da síndrome de alie-

76. CEZAR-FERREIRA, V.A.M. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Malheiros, 2a. ed., 2007.

nação parental, como assim o mesmo denominava, tais estudos não são suficientes para determinar com clareza a pratica de alienação parental, eis que se faz necessário analisar e avaliar as condições a que são submetidas as famílias que vivem o divórcio.

Após a Revolução Industrial, a mulher inicia sua caminhada em busca de seu espaço no mercado de trabalho, alcançando a igualdade no âmbito familiar. Consequentemente, o pai passa a interiorizar uma função que, nos séculos anteriores era somente da mãe, ou seja, o de estar cada vez mais presente na vida do filho. O homem passa a vivenciar o prazer de ser pai, de conviver com aquele filho, de saber de sua vida, suas preferencias, seus medos e aflições, etc.

O pai não é mais apenas o provedor da família, eis que, a mulher também vem galgando cada dia que passa cargos profissionais altos e bastante lucrativos, capaz de prover em conjunto com o cônjuge a mantença do lar. Porém, assim, como toda evolução traz inúmeros benefícios, mas também acaba carregando consigo algumas “confusões” psicológicas. A “facilidade” jurídica em romper o relacionamento conjugal, acaba criando uma dificuldade enorme em como lidar com essa situação. Muitas vezes um dos cônjuges não está preparado para tal ruptura. E, assim, transfere sua frustração tangente àquele relacionamento sem sucesso ao filho.

A Alienação Parental é exatamente essa exteriorização de um dos cônjuges de sua insatisfação ao insucesso do relacionamento conjugal. Óbvio que isso acaba causando inúmeros danos, principalmente ao filho alienado, que não entende ao certo o motivo de ter que odiar repentinamente àquele que, até então, era seu ídolo.

A mãe ou o pai, embora, os alienadores podem ser até mesmo avós ou parentes próximos, acabam de forma consciente ou inconsciente, assumindo o papel de alienadores,

na tentativa desesperada de atingir o outro genitor, porém, o maior atingido é o filho.

Para Grunspun, em entrevista à *PaiLegal*, "a Mediação Familiar torna-se um instrumento importantíssimo para a estruturação da Guarda Compartilhada, pois da parte dos pais facilita a comunicação entre eles acerca da educação e futuro dos filhos, dirimindo os ressentimentos, os conflitos, as dificuldades de diálogo e, especialmente os posicionamentos de "perdedor" e "vencedor", porque nessas contendas judiciais essas posições são ilusórias, só há perdedores, e os maiores prejudicados são os filhos; da parte dos filhos, como não há envolvimento emocional em 'tomar partido' de um dos pais em detrimento do outro, não há culpas conscientes ou inconscientes que possam ser reprimidos pelo recalque para se transformarem em sintomas (inclusive somáticos)".[77]

A manipulação exercida sobre o filho tem um único objetivo: rejeitar e odiar o cônjuge que, em tese, teria causado a ruptura conjugal, com o intuito de vingança. Inicia-se mais que uma batalha, mas uma guerra, onde não existe final feliz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAN MINAS, PRODUÇÕES CARAMINHOLA, BRASIL. **A morte inventada.** Disponível em: <http://www.amorteinventada.com.br>. Acesso em 18 de maio de 2017.

ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (APASE). Disponível em: <http://www.apase.org.br/>. Acesso em 18 de maio de 2017.

_______. **Alienação parental:** melhores vídeos e livros dos melhores especialistas. Disponível em: <http://www.apase.org.br/>. Acesso em 18 de maio de 2017.

77. GRUNSPUN, H. O mediador e a separação de casais com filhos (entrevista à PaiLegal). **PaiLegal**. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em 18 de maio de 2017..

_______. **A criança, o adolescente:** aspectos históricos. p. 7-8. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/infancia/doutrina/id615.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2017.

BERTALANFFY, L.V. Teoria geral dos sistemas. Petrópolis: Vozes, 3a. ed., 1997.

BRAGANHOLO, B.H. Novo desafio do Direito de Família contemporâneo: a Mediação Familiar. Conferência proferida no **I Congresso de Direito de Família do Mercosul**, realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família, de 2 a 4 de junho. **R. CEJ**. Brasília (DF), n. 29, p.70-79, abr./jun. 2005.

CEZAR-FERREIRA, V.A.M. **Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica**. São Paulo: Malheiros, 2a. ed., 2007.

DIAS, Maria Berenice. Síndrome da Alienação Parental: O que é isso?. In: **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião:** aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos. Danos psíquicos da alienação parental no litígio familiar. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (Coords.). **Atualidades do direito de família e sucessões.** Sapucaia do Sul: Nota Dez, 2008.

DUARTE, Marcos. **Alienação parental:** restituição internacional de crianças e abuso do direito de guarda. 1. ed. Fortaleza: Leis & Letras, 2010.

_______. **Alienação parental:** comentários iniciais à Lei 12.318/2010. Disponível em: <http://blog.opovo.com.br/direitoeinformacao/alienacao-parental-comentarios-iniciais--a-lei-12-3182010>. Acesso em: 04 de dezembro de 2013.

FEITOR, Sandra Inês Ferreira. **A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do direito de menores.** (Dissertação de Mestrado). Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/55032789/A-SINDROME-DE-ALIENACAO-PARENTAL-E-O-SEU-TRATAMENTO-A-LUZ-DO-DIREITO-DE-MENORES>. Acesso em 18 de maio de 2017.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação parental:** comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

______________________________ **A Nova Guarda Compartilhada: Comentários à lei n. 13.058 de dezembro de 2014**. 2ª ed. revisada e ampliada. Florianópolis: VoxLegem: 2015.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)?.** Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia. Disponível em: <http://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em 18 de maio de 2017.

GOULART, Djacir. **Alienação parental.** Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/aliencao-parental/70996/>. Acesso em 18 de maio de 2017.

GRUNSPUN, H. O mediador e a separação de casais com filhos (entrevista à PaiLegal). **PaiLegal**. Disponível em: <http://www.pailegal.net>. Acesso em 18 de maio de 2017..

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental:** realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROENINGA, G.C. e BARBOSA, A.A. **Curso Intensivo de Mediação**. São Paulo, 2003.

MINAS, Alan e Daniela Vitorino. (Org.) **A Morte Inventada: Alienação Parental em Ensaios e Vozes**. São Paulo: Saraiva, 2014

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A Síndrome da Alienação Parental. In: **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião:** aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

NAZARETH, E.R. Guia de Mediação Familiar – aspectos psicológicos. In: APASE (org). **Mediação Familiar**. Porto Alegre: Equilíbrio, p.11-25, 2005.

OLIVEIRA, Marcus Vinícius de. **Alienação parental.** Disponível em: <http://www.meuadvogado.com.br/entenda/alienacao-parental.html>. Acesso em 18 de maio de 2017.

PaiLegal.net. Disponível em: <http://www.pailegal.net/quem-somos>. Acesso em 18 de maio de 2017.

________. SOS Papai e Mamãe. Disponível em: <http://www.sos-papai.org/br_index.html>. Acesso em: Acesso em 18 de maio de 2017.

RODRIGUES, Lia Palazzo. "Algumas considerações sobre o Direito de Família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens". In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos fundamentais do direito de família.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **A alienação parental e a mediação.** Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=671>. Acesso em 18 de maio de 2017.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental: o que é isso? 2ª ed. rev e atual. Campinas, São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

SIMÃO, Rosana Barbosa Ciprino. Soluções judiciais contra a perniciosa prática da alienação parental. In: **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião:** aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Pais e Mães Separados. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental:** um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica:** para operadores do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

________. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental:** realidades que a Justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

________. **Os sujeitos da alienação parental.** In: I CONGRESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Porto Alegre, 27 abr. 2012. 11:20 p.m.

VALENTE, Maria Luiza Campos da Silva. Síndrome da Alienação Parental: a perspectiva do Serviço Social. In: **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião:** aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Síntese, 2002

DO CLÁSSICO AO CONTEMPORÂNEO: POR UM CONCEITO FUNCIONAL DE CONTRATO

Thatiane Rabelo Gonçalves

INTRODUÇÃO

Em sua perspectiva clássica, o contrato era definido como acordo entre interesses opostos. A lógica contratual era vislumbrada como subjetiva, baseada no dogma da vontade. Uma vez manifestada a vontade, sem qualquer vício que por ventura a contaminasse, o contrato estaria celebrado e deveria ser cumprido.

Ocorre que, no âmbito de uma economia de velocidade, de consumo e ciberespacial, com a proliferação de contratos atípicos, a contratação em massa, os contratos de adesão ou contratos conexos, um grande número de contratos forma-se sem um verdadeiro acordo entre as partes, sem manifestação de vontade, muitas vezes até por sujeitos não identificáveis.

Poderia se falar em contrato válido? A vontade é elemento essencial para a caracterização do contrato? Com a mitigação da vontade nas relações contratuais contemporâneas, poderia se falar em "morte" do contrato? O que é contrato? Como se dá o estabelecimento de relações obrigacionais contratuais?

O objetivo deste estudo é revisar a Teoria Geral dos Contratos, sobretudo o conceito clássico de contrato apresentado pela doutrina tradicional. Pretende-se, assim, demonstrar como uma compreensão estrutural do contrato com a exigência de caracterização de manifestação volitiva não está em conformidade com a dinamicidade das relações contratuais contemporâneas, devendo-se sobrelevar sua função enquanto instrumento de operação econômica.

Para desenvolver a reflexão proposta, utilizou-se da metodologia jurídico-dogmática, a partir da análise e interpretação dos dispositivos legais inerentes à temática, e da jurídico-teórica, a partir da revisão bibliográfica para análise de conceitos e teorias do Direito dos Contratos.

1. A CONCEPÇÃO CLÁSSICA DE CONTRATO

O contrato clássico era compreendido por uma concepção estrutural, definido como acordo entre vontades opostas ou como vínculo entre interesses opostos. O estudo do Direito dos Contratos era o estudo dos elementos estruturais do contrato, como as partes, o objeto, as declarações de vontade, a proposta e a aceitação.

Pressuponha-se igualdade formal entre as partes e o contratante era idealizado com um grau de abstração que o retirava do contexto socioeconômico- cultural determinante de sua conduta.

A liberdade era a pedra angular do Direito, nela assumia a dignidade de um dogma sob a forma do princípio da autonomia da vontade. Uma vez que o contrato é fonte de obrigações, e como toda obrigação é uma restrição de liberdade, sustentava-se que toda obrigação só valeria se fosse voluntariamente contraída. Em síntese, ninguém poderia ou deveria obrigar-se senão por um ato de vontade, livre e espontâneo (GOMES, 1983. p. 92).

Com efeito, a concepção de contrato como acordo entre vontades opostas ainda é, de alguma forma, presente na dogmática doutrinária. Entre nós, desde Beviláqua (1950, obs. 1 ao art. 1079), o contrato é comumente conceituado como *"acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos"*.

No conceito de Caio Mário da Silva Pereira (2003, p. 6), também se verifica a essencialidade da manifestação volitiva para caracterização do contrato:

> Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o *contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.* Dizendo-o mais sucintamente, e reportando-nos à noção que demos de negócio jurídico (nº 82, *supra,* vol. I), podemos definir contrato como o acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

No mesmo sentido, para Arnaldo Rizzardo (2015) no contrato, há a necessidade da convergência de duas ou mais vontades para conseguir o mesmo fim ou um resultado determinado. Seria a convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades, que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa.

Para Rizzardo (2015), no Direito Internacional, citam-se como contratos os tratados internacionais e os acordos entre as nações; tratando-se de Direito Público, os contratos celebrados pelo Estado com os concessionários de obras ou serviços públicos e os contratos administrativos. No âmbito do Direito Privado, contrato são todos os negócios jurídicos bilaterais de Direito Privado, compreendendo os negócios jurídicos de direito patrimonial, como a compra e venda, quanto

aqueles de direito pessoal, como o casamento, a adoção e os contratos sucessórios.

Outrossim, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 22), nítida a vinculação do contrato ao negócio jurídico:

> Contrato é uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes. É, portanto, negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem do mútuo consenso, constituem os contratos.

Observa-se, assim, que os conceitos de contrato trazidos pela doutrina tradicional reproduzem o conceito de negócio jurídico ou categorizam o contrato como espécie do gênero negócio jurídico.

De acordo com essa visão estrutural que exige o elemento volitivo para a caracterização do contrato, mas não a patrimonialidade, bem critica Villela (1978, p. 28):

> A se lhe dispensar o requisito da patrimonialidade, contratos seriam até decisões dos tribunais, pois é facto que nos órgãos colegiados as resoluções se fixam por maioria de votos, o que supõe sempre, de um modo ou de outro, acordos de vontade. E não é certo que dizemos nós, em português, destes atos que são acórdãos, isto é, decisões tomadas por acordo de julgadores?

Diante disso, partindo de uma visão estrutural do contrato, em que a manifestação da vontade é requisito essencial para o estabelecimento de relações contratuais, as relações jurídicas em que houvesse transação econômica, mas a vontade fosse mitigada, não seriam caracterizadas como contrato. Por outro lado, as relações jurídicas que não finalizassem a circulação de riqueza, mas constituíssem acordo de vontades, como as decisões dos tribunais ou a figura do casamento, seriam relações contratuais.

2. A COMPREENSÃO DOS CONTRATOS CONTEMPORÂNEOS

2.1 A ALEGADA "MORTE" DO CONTRATO

Em uma conjuntura de contratação marcada pela velocidade, pela imaterialidade e pelo hiperconsumo, pelos contratos de adesão, contratos eletrônicos ou comportamentos sociais típicos com ausência de declaração de vontade, não se poderiam aplicar regras clássicas do Direito dos Contratos por vícios de consentimento ou inexistência de acordo de vontades.

Contudo, a dogmática do direito contratual é relutante em aceitar as modificações ocorridas nos contratos. Com o intuito de manter a concepção clássica de contrato, vinculado ao dogma da vontade, alguns afirmam que o contrato pouco modificou, ainda sendo a vontade a sua fonte primária; outros adotam uma postura de crise do conceito de contrato e de sua incredulidade enquanto instituto vivo do Direito Privado.

Segundo Atiyah (1979, p. 718), há um "declínio no contrato" e um dos motivos seria a mitigação do consentimento e da liberdade de escolha contratual[78].

---

78. *"There are at least three separate strands involved in this decline. The first is that the economic importance, the role of contract in our society has declined. The second sense in which contract may be said to have waned in the past century relates to the*

Para Christophe Jamin (2003, p. 1), há uma "nova crise dos contratos", pois os indivíduos estão inseridos em relações complexas, não sendo possível limitar a função do contrato à busca da regulação de uma autonomia da vontade das partes[79].

Para Gilmore (1995, p. 95), o contrato estaria "morto", pois seria rapidamente reabsorvido pela teoria da responsabilidade civil, de modo que em pouco tempo se tornaria categoria desnecessária ao direito, que obteria as soluções de eventuais conflitos por meio da responsabilidade civil[80].

Observa-se, portanto, que os defensores da concepção clássica de contrato – do dogma da vontade – afirmam que as mudanças havidas no direito contratual a limitam de tal maneira que a vontade deixa de existir, não sendo possível um contrato sem vontade. A partir desse entendimento, o que se tem é a morte ou o declínio do contrato.

Enzo Roppo (2009, p. 296) comenta essa postura dos juristas face à nova realidade contratual:

> O segundo processo – aparentemente oposto, mas na realidade radicado numa mesma atitude de misoneísmo e de *laudatio temporis acti* – consiste, ao invés, em lamentar que a teoria e a praxe moderna do direito contratual assinalem uma inversão completa das concepções e dos valores dominantes no passado: hoje – lamentam-se – a vontade dos contraentes já não conta, e uma vez que essa vontade se identi-

---

declining importance attached to the value of free choice as a source of legal rights and liabilities (...) The third sense in which there has been a decline in contract is (...) that there has been a significant move away from the executory model of exchange, away from the use of contract as a calculated instrument for the allocation of risks." (ATIYAH, 1979. p. 718)

79. " *Les individus sont pris dans un réseau de relations que ne permet plus de penser le droit en termes purement individualistes. Il n'est plus possible de limiter sa fonction à la seule recherche d'une harmonie des libertés, contrairement à ce que pensent les juristes libéraux.* " (JAMIN, 2003. p. 9)

80. "*Speaking descriptively, we might say that what is happening is that "contract" is being reabsorbed into the mainstream of 'tort'.*" (GILMORE, 1995, p. 95)

> fica com a essência do contrato, retiram conclusões, em termos de crise, de declínio ou até de morte do próprio conceito de contrato, de extinção da liberdade de contratar e do papel da autonomia privada; e muito frequentemente o fenômeno, assim delineado, encontra-se articulado – segundo relações de causa e efeito – com mais um geral processo de decadência do indivíduo, de progressiva erosão de sua liberdade e da sua autonomia, por forças das exigências sociais, das razões da colectividade.

Aceitar a evolução do contrato, ou seja, que ele passe a uma nova compreensão, é romper com o dogma da vontade, mas isso não quer dizer, necessariamente, a morte ou o declínio do contrato, mas sim a morte ou o declínio do contrato naquela perspectiva passada, na qual a vontade das partes era intocável.

2.2 O CONTRATO E SUA FUNÇÃO DE CIRCULAÇÃO DE RIQUEZA

A atenção ao aspecto funcional dos institutos foi contribuição do realismo jurídico à Teoria do Direito, percebendo que os conceitos jurídicos devem corresponder a experiências efetivas, a funções práticas ou a diretrizes valorativas, sob pena de consistir, nas palavras de Felix Cohen (1961, p. 54), em *transcendental nonsense*.

O direito volta o olhar para a perspectiva da finalidade dos modelos jurídicos. Não há mais um interesse em conceituar a estrutura dos institutos, mas em direcionar seu papel e sua missão perante a coletividade. Nesse sentido, o que se pretende não é o estudo de como o direito é feito, mas sim para que o direito serve (BOBBIO, 2007. p. 53).

Nessa perspectiva, o contrato não está “morto” ou em crise, mas sim um modo particular de compreender o contrato, que

se desvincula de sua perspectiva estrutural, sobressaindo sua função objetiva de circulação de riqueza.[81] No dizer de Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 97), *"o contrato é antes de tudo um fenômeno econômico. Não é uma criação do direito ".*

O contrato não seria simplesmente um negócio jurídico resultado do acordo de vontades, como definido em sua visão clássica, mas um instrumento jurídico para dar um certo arranjo ao complexo de operações econômicas, funcionalizado a determinados fins e a determinados interesses. Contrato seria, portanto, a *"veste jurídico-formal de operações econômicas e onde não há operação econômica, não pode haver também contrato".* (ROPPO, 2009. p. 11).

Estabelece-se, portanto, que nem todo negócio é um contrato, assim como nem todo contrato pressupõe um negócio, pois dentro da noção de contrato, há uma multiplicidade de fatores de atribuição dos efeitos obrigacionais, os quais podem surgir não somente da declaração de vontade, pressuposto de existência do negócio jurídico, mas também de comportamentos sociais típicos e da boa-fé. De forma sucinta, *"contrato é atividade ou operação econômica relevante, deflagrada por dois ou mais centros de interesse, fundada ou não negócios jurídicos"* (SILVA, 2011. p. 116).

A propósito, Karl Larenz (2006, p. 62. Trad. Alessandro Hirata) já propunha, com base na Teoria de Haupt, o estabelecimento de relações obrigacionais, fundadas não na manifestação de vontade, mas em um simples comportamento social típico. Para o autor, dentro do conceito de contrato em sentido amplo, poderia haver a distinção entre negócios jurídicos bilaterais e comportamento social típico como fonte de relação obrigacional.

---

81. Veja: Milagres, Marcelo de Oliveira. **O contrato como Instrumento de Política Econômica**. Dissertação de Mestrado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2003. p. 42.

Nesse sentido, compreende-se que as atribuições dos efeitos obrigacionais nesses contratos se dão, não somente com fundamento em negócios jurídicos bilaterais, mas muitas vezes em um contato social, ou seja, em comportamentos que tenham o significado socialmente típico de uma fonte de obrigação, caracterizando, assim, contratos de fato.

Como exemplo, Larenz (2006, p. 56. Trad. Alessandro Hirata) cita o vínculo estabelecido pelo contrato de transporte. Se alguém toma um veículo de transporte coletivo e resolve deixá-lo em seguida, por uma razão qualquer, ninguém duvida que, mesmo que o tenha tomado por erro, deve pagar a passagem. Estabelece-se, portanto, uma obrigação resultante de um comportamento social típico.

De igual modo, os contratos que se formam pela introdução de uma moeda em máquinas automáticas. A maioria dos doutrinadores não vê o ato de colocar uma moeda na máquina automática, pagando pelo preço do que se compra, como uma declaração de vontade, mas claramente foi celebrado um contrato.

Outrossim, importante mencionar os contratos de adesão celebrados entre consumidores e instituições bancárias e entre consumidores e empresas de serviço de telefonia, TV e internet. Tratando-se de tais contratos *take it or leave it*, não haverá consentimento por parte de um dos contratantes. Contudo, mesmo que não haja consentimento, contrata-se. Como bem pondera Georges Ripert (2000, p. 112. Trad. Osório de Oliveira), adesão não quer dizer consentimento, pois consentir no contrato é debater as cláusulas com a outra parte, resultando em convenção que traduzirá alternativas. Aderir é submeter-se ao contrato estabelecido e submeter-se a sua vontade, protestando no íntimo contra aquilo que lhe é imposto.

Há, ainda, a figura dos contratos coativos, nos quais a vontade do contratante é praticamente aniquilada. Há contrato

coativo quando alguém, contra a vontade, é compelido a participar de uma relação jurídica contratual. Ao contratante, não resta, naquele determinado cenário econômico, outra opção a não ser contratar.

Como exemplos de contratos coativos, destacam-se o dever dos bancos comerciais de aplicar parte dos seus recursos na concessão de crédito direcionado a determinados segmentos da economia; o seguro habitacional com cobertura para o saldo devedor em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário, bem como para prejuízos decorrentes de danos materiais no imóvel; e o seguro DPVAT que é de origem legal, impositiva a todos os proprietários de veículos automotores e tem terceiros, vítimas de acidentes, como seus beneficiários de indenização por determinação legal, vinculada a um sistema de contraprestação complexo e global (FARIAS; ROSENVALD, 2014. p. 319).

Contemporaneamente, nos contratos realizados no meio virtual, há dificuldade na aferição de consentimento de alguém que opere um computador, sendo difícil verificar se houve real intenção de se obrigar ou se houve vícios de consentimento. Como aponta Paulo Lôbo (2011, p. 33), o meio eletrônico dos contratos caracteriza manifestações de vontade e condutas negociais inteiramente distintas das tradicionais declarações ou condutas hauridas entre pessoas no mundo físico.

Na perspectiva do contratado, a declaração pode ser automaticamente elaborada por um computador e a presença do sujeito ser apenas mediata ao programá-lo, mas não imediata no ato da celebração. Pelo contratante, apenas um *click* ou o fornecimento de uma senha podem concluir um contrato.

Ricardo Lorenzetti (2008, p. 550), ao comentar sobre a estrutura dos contratos contemporâneos, sobretudo sobre os contratos eletrônicos, explica que tanto o consentimento como a adesão se tornam conceitos insuficientes, porque *"existem*

atribuições de efeitos jurídicos que não estão associadas a uma declaração de vontade direta, mas sim a comportamentos objetivos aos quais o ordenamento adjudica consequências".

A partir dessa perspectiva, a vontade não está mais irremediavelmente ligada ao conceito de contrato e, via de consequência, não é mais elemento sem o qual não existe vínculo contratual. Concebe-se, portanto, uma relação genuinamente contratual mesmo diante da existência de declaração volitiva, ou seja, há exigibilidade e vinculação de um contrato sem manifestação de vontade.

De igual modo, Daniel Sica da Cunha (2007, p. 258) bem explica:

> Percebeu o jurista que a vontade não pode ser mais o fundamento único da força obrigatória dos contratos na sociedade de consumo. Nas relações contratuais formalizadas pela adesão, a vontade tem relevância mínima na estipulação do conteúdo contratual, pois a vontade não é conformadora, é formadora do contrato, resumindo-se à liberalidade (às vezes necessidade) de aderir ou não; nos atos existenciais, tão corriqueiros, o agir social, independentemente da vontade, gera o vínculo. Isso provocou uma reação do direito.

Em um sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações e isso requer que as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objetividade, no seu desenvolvimento típico, incompatíveis, portanto, com a atribuição decisiva à vontade individual (ROPPO, 2009. p. 298).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma economia hipercomplexa e de velocidade, marcada pela despersonalização e desterritorialização das relações contratuais, é necessário garantir ao máximo a estabilidade e a continuidade das relações contratuais e, portanto, das relações econômicas.

Para isso, o contrato desvincula-se da concepção de estrutura clássica como espécie de negócio jurídico, como acordo entre vontades opostas ou como vínculo entre interesses opostos no qual o elemento volitivo na aceitação da obrigação é essencial para a formalização do vínculo entre as partes. Com efeito, o conceito clássico de contrato não está em conformidade com as relações contratuais contemporâneas nas quais ocorrem diversas transações econômicas, sem a manifestação de vontade, mas, mesmo assim, celebram-se contratos.

O contrato, portanto, transforma-se para adequar-se ao tipo de mercado, ao tipo de organização econômica que prevalece em cada época. Apenas transformando-se e adequando-se, o contrato pode continuar a desempenhar aquela que é a sua função fundamental no âmbito das economias capitalistas de mercado, qual seja, a função de instrumento de liberdade de iniciativa e de operação econômica.

REFERÊNCIAS

ATIYAH, Patrick. S. **The Rise and Fall of Freedom of Contract.** Oxford: Oxford University Press, 1979.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.** 8 Ed. São Paulo, 1950. v. IV e V.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos da teoria do direito.** Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rev. técnica de Orlando Seixas Bechara, Renata Nagamine. Barueri: Manole, 2007.

COHEN, Felix. **El Método Funcional en el Derecho**. Trad. de Genaro Carriò. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.

CUNHA, Daniel da Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (org.). **A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 4ª Edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

GILMORE, Grant. **The Death of the Contract**. 2ª Ed. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Volume 3.

JAMIN, Christophe. MAZEAUD, Denis. **La nouvelle crise du contrat**. Paris: Dalloz, 2003.

LARENZ, Karl. **O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico**. Tradução de Alessandro Hirata. Revisão Técnica de Flávia Portella Puschel. São Paulo. Revista Direito GV. v.2. n. 1.p. 055-064. Jan-Jun/2006.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETTI, Ricardo. Contratos "Eletrônicos". In: LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto (coords). **Direito & Internet – Aspectos Jurídicos Relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008. Vol. II

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. Volume III.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** Trad. Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15ª Edição. V. Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2015. ISBN 978-85-309-6511-2

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Alameda, 2009.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem Negócio Jurídico.** São Paulo: Atlas, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 2º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VILLELA, João Baptista. **Por uma nova teoria dos contratos.** Revista Forense. v. 261. p.27-35, 1978.

REGIME DE BENS DO CASAMENTO: UM ENSAIO SOB AS LENTES DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

INTRODUÇÃO

No presente artigo, essencial se reputa o estudo dos diversos regimes de bens afetos ao casamento no ordenamento jurídico brasileiro. As especificidades de cada regime de bens no casamento são responsáveis pela opção dos nubentes, de modo que definem as eventuais divisões a serem empreendidas em razão do término do matrimônio.

São quatro os regimes de bens assentados no casamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, cada qual com suas peculiaridades e, se não for seguido o regime da comunhão parcial (adotado em caso de omissão), a opção deve constar no pacto antenupcial.

Os regimes de bens do casamento já foram observados sob uma ótica exclusivamente patrimonial. Entretanto, a introdução mais razoável e compatível com a Carta Magna de 1988 é a que sustenta a constitucionalização do Direito Civil, com o consequente atrelamento entre os aludidos regimes

e a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE REGIME DE BENS NO CASAMENTO

1.1 HISTÓRICO

Mediante uma análise histórica, Maria Berenice Dias (2015, p. 296) cita o Código Civil de 1916 e explica que o aludido diploma legal consagrou o regime da comunhão universal de bens: para que se configurasse uma família, exigia-se a realização do casamento, o qual se permeava pela indissolubilidade. A doutrinadora assevera, ainda, que existia outro regime de bens, qual seja, o regime dotal, o marido administrava os bens da mulher, os quais a ele eram fornecidos com a finalidade de suprimento das demandas do lar.

A doutora em Direito (2015, p. 297) aclama que, posteriormente, foi estabelecido o Estatuto da Mulher Casada, cuja função dizia respeito a resguardar os direitos da mulher casada. Entrementes, em decorrência da positivação constitucional relativa à igualdade entre homem e mulher, o estatuto em tela foi revogado. Em 1977, insculpiu-se a Lei do Divórcio e, assim, o regime da comunhão parcial se tornou o regime legal de bens. Houve a exclusão do regime dotal e a faculdade de se modificar o regime de bens no decorrer no casamento com o advento do Código Civil de 2002. A união estável, em regra, congrega o regime da comunhão parcial.

1.2 CONCEITO DE REGIME DE BENS NO CASAMENTO

O regime de bens é esmiuçado por Pablo Stolze (2014, p. 244), que o conceitua como "o conjunto de normas que

disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges". Considerando o regime de bens enquanto este arcabouço normativo, o autor destaca os princípios da mutabilidade, da variabilidade e da liberdade de escolha. Em sua concepção, o primeiro permite a alteração do regime de bens na constância do casamento, o segundo abarca as várias modalidades de regime de bens inscritos no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que o terceiro compreende a possibilidade que os cônjuges têm de escolher o regime de bens.

O conceito de regime de bens, de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 295), envolve os efeitos econômicos do casamento, porquanto a escolha de uma espécie de regime de bens acarreta a submissão dos nubentes a regras compatíveis com as suas vontades no bojo econômico. O civilista enumera as modalidades de regime de bens alocados na legislação civil: o da comunhão universal, o da comunhão parcial, o da separação e o da participação final nos aquestos. Recorda, também, que os cônjuges podem escolher a espécie de regime de bens, até mesmo constituir um regime misto (Enunciado 331 da IV Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal), ressalvadas as hipóteses legais em que se imponha um regime específico.

Em que pese o reconhecimento acerca da eventualidade tocante ao regime misto, Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva (2012, p. 303) embasam a compreensão nos termos da qual se recomenda a escolha de um regime típico ou, em outras palavras, de um regime expressamente arquitetado legalmente. Infere-se o princípio da segurança jurídica a partir da argumentação ratificada pelos doutrinadores, posto que, pela simples menção aos dispositivos legais, engendra-se uma ilação decorrente de seus atributos.

Com base no art. 1.511 do Código Civil de 2002, configura-se, como finalidade do casamento, a comunhão plena da vida. Ten-

do este parâmetro, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 268) concatenam o casamento com a realização pessoal dos cônjuges, sendo mister constatar que gera efeitos econômicos. Sendo assim, além do afeto circunscrito na relação entre consortes, a lei ampara o seu aspecto econômico. Aventam, outrossim, que são verificados os bens privativos de cada cônjuge e os bens obtidos na constância do casamento. Repisa-se que, em muitas situações, os terceiros têm interesse no conhecimento do regime de bens conjecturado em um casamento.

2. PACTO ANTENUPCIAL E OS REGIMES DE BENS NO CASAMENTO

No que tange aos regimes de bens presentes em lei, Maria Berenice Dias (2015, p. 298) dispõe que a doutrina os nomeia de tipos primários. Os regimes de bens atípicos, por sua vez, são denominados de tipos secundários, os quais podem se materializar por intermédio de contrato de convivência ou de pacto antenupcial. A lei precisa servir de baliza a esses tipos secundários, haja vista as imposições provenientes das normas de ordem pública. A escolha do regime de bens é tão relevante que, se os consortes não selecionarem certa modalidade, a opção se consubstancia em lei. Atualmente, a regra é pelo regime da comunhão parcial de bens.

Hetkowski e Araújo (2009, p. 119-120), sob um viés interdisciplinar, tecem considerações sobre a realidade na escolha do regime de bens, conforme se observa a seguir:

> Na realidade a classe social é pouco informada sobre o regime de bens, ocorrendo muitas vezes um certo constrangimento entre os nubentes de procurar orientação de um profissional, quando se deparam no cartório para realizar a habilitação para o casamento, muitas vezes nem mesmo sabiam da

> existência da possibilidade de ter feito um pacto anteriormente, caindo assim automaticamente no regime de Comunhão Parcial de Bens.

O pacto antenupcial é tratado pela doutrina como a ocasião na qual se seleciona o regime de bens a ser manejado no casamento. No mesmo diapasão, sustenta Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 311) que, no silêncio das partes, o Código Civil se filia ao regime da comunhão parcial de bens (supletivo ou legal). A escritura pública é essencial para a confecção do pacto antenupcial e esse pacto pode ser qualificado como um contrato, do qual emana uma condição: a realização do casamento. Logo, o contrato antenupcial é condicional e solene. Para a celebração do pacto antenupcial, faz-se primordial a capacidade e, caso um dos nubentes for menor, é requisitada a concordância dos pais sobre o casamento e a sua assistência no plano convencional. Pela tese da constitucionalização do Direito Civil, reverbera-se a possibilidade de realização do pacto antenupcial, uma vez que o mesmo configura uma materialização de duas vontades em prol de um regime de bens, consagrando, consectariamente, a autonomia da vontade no plano pactual. Hironaka (2001, p. 6), por sua vez, aborda a liberdade dos cônjuges:

> Leve-se em conta, antes, que a nova Lei manteve aquela liberdade de os cônjuges expressarem a sua autonomia privada no que concerne ao regime de bens que desejam e escolhem – e que regerá seus interesses econômico-patrimoniais – sendo certo que o farão, então, exatamente como no direito positivo que ainda vige, por meio de pacto antenupcial (arts. 1639, 1640, § único e 1655, NCC). O pacto, caso elaborado pelos nubentes, deverá ser assentado,

> após o casamento, no Registro de Imóveis do domicílio conjugal, exatamente para que possa valer erga omnes, embora valha já, independentemente de registro, nas relações interpessoais dos cônjuges e entre eles e seus herdeiros.

Releva dizer, com fundamento na doutrina de Pablo Stolze (2014, p. 250), as nuances que integram a autorização conjugal ou outorga uxória. A autorização conjugal é demandada em algumas situações no que diz respeito aos bens do casal. O escritor entende que não deve ser adotada a expressão "outorga uxória", porque a Carta da República de 1988 garante a isonomia entre homem e mulher.

Nos casos em comento, se o cônjuge não autoriza a prática de um ato pelo outro consorte, este não é válido. O art. 1.647 do Estatuto Civilístico, em seus incisos, os descreve. Anota o professor de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia (2014, p. 251) que, em sua opinião, o artigo em exame, ao excluir de sua incidência o regime de separação absoluta de bens, teve por fim a exclusão do regime de separação convencional de bens, pois é possível a meação, pela Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, no regime de separação legal de bens.

A meação, como respalda Maria Berenice Dias (2015, p. 299), corresponde à metade dos bens comuns. Dependendo do regime de bens adotado pelo casal, depreende-se o cabimento ou não da meação. Ato contínuo, a advogada especializada em Direitos das Famílias correlaciona a amplitude da meação ao regime de bens pactuado pelos nubentes. Na comunhão universal, todos os bens, independentemente do momento no qual foram adquiridos e do pertencimento particular de um dos consortes, se submetem à meação. Na comunhão parcial, o conjunto de bens adquiridos no decorrer do casamento in-

tegra a meação. Na separação obrigatória, o manancial de bens adquiridos no decorrer do casamento também integra a meação. Na participação final nos aquestos, somente há que se falar em meação dos bens obtidos em comum na constância do matrimônio. Na separação convencional, em regra, não se tem o direito à meação. Pelos artigos 544 e 551, pode haver doação de um cônjuge ao outro, comportando, todavia, adiantamento da legítima e, independentemente do regime de bens, se a doação foi feita ao casal e um deles falece, a parte do falecido é transmitida ao sobrevivente.

O regime de comunhão parcial de bens, consoante ventilam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 321), é aquele que prescinde do pacto antenupcial, porque a lei o enquadra como suplementar. No silêncio do casal, incide, portanto, o regime de comunhão parcial de bens. Pertencem ao casal, nesse regime, os bens adquiridos na constância do matrimônio, não sendo contabilizados, consequentemente, os bens particulares de cada consorte no período anterior ao casamento. A constitucionalização do Direito Civil reflete na opção pelo regime de comunhão parcial de bens como a regra legal, tendo em vista a sua abrangência delimitada no intervalo matrimonial. Para Lôbo (1999, p. 12),

> A constitucionalização do direito civil, entendida como inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, é mais do que um critério hermenêutico formal. Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o direito civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social. O conteúdo conceptual, a natureza, as finalidades dos institutos básicos do direito civil, nomeadamente a família, a propriedade e o contra-

> to, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista, cujos traços marcantes persistem na legislação civil. As funções do Código esmaeceram-se, tornando-o obstáculo à compreensão do direito civil atual e de seu real destinatário; sai de cena o indivíduo proprietário para revelar, em todas suas vicissitudes, a pessoa humana. Despontam a afetividade, como valor essencial da família; a função social, como conteúdo e não penas como limite, da propriedade, nas dimensões variadas; o princípio da equivalência material e a tutela do contratante mais fraco, no contrato.

Não se comunicam, nesse ínterim, os bens amealhados a título gratuito (herança ou doação), bem como os adquiridos anteriormente ao casamento. No interregno do casamento, os bens constituídos onerosamente ou eventualmente pelo casal se comunicam. Na esteira onerosa, emerge uma presunção absoluta de contribuição compartilhada (2015, p. 322).

Ainda sobre o regime de comunhão parcial de bens, indica Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 194) que o artigo 1.659 arrola as situações de exclusão da comunhão. Em primeiro lugar, menciona os bens particulares anteriores ao casamento. Além deles, estão excluídos os bens amealhados em virtude de herança ou doação. As dívidas anteriores ao casamento devem ser quitadas pelo nubente responsável por sua aquisição, com a exceção dos casos em que o outro se beneficiou. No que se associa ao FGTS, os valores advindos deste se comunicam se a sua causa se concretizou à época do matrimônio.

No caso de ilícito perpetrado por apenas um dos cônjuges, o procedimento é o mesmo. Os bens de uso pessoal, como joias e os proventos proporcionados pelo exercício do trabalho não se comunicam. Não é pacificado na doutrina o entendimento

de incomunicabilidade dos proventos oriundos do salário, concluindo o Superior Tribunal de Justiça pela sua comunicação, eis que há um esforço comum (PEREIRA, 2014, p. 195). Pela constitucionalização do Direito Civil, corrobora-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, eis que, com base nas normas constitucionais, a família precisa ser preservada e, posteriormente ao fim de um casamento, o esforço comum deve ser verificado como a regra no interior da relação matrimonial.

O artigo 499 do Estatuto Civilístico, relembrado por Maria Berenice Dias (2015, p. 312-316), possibilita que os cônjuges amparados pelo regime de comunhão parcial de bens doem uns aos outros bens particulares. É possível, ademais, a convenção de compra e venda entre os nubentes. No artigo 1.660, enumeram-se os bens comunicáveis no regime em epígrafe. Os frutos dos bens adquiridos por sucessão ou doação apenas por um dos cônjuges se comunicam. A escritora assume a tese de que os livros e instrumentos de profissão devem ser objeto de comunicação. O artigo 1.663 destaca caber a qualquer dos cônjuges a administração do patrimônio comum.

O regime da comunhão universal de bens, segundo veicula Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 321), é convencional e, por isso, deve ser escolhido no pacto antenupcial. A comunicação se dá em relação a todos os bens, passados e futuros, malgrado, por exemplo, apenas um deles tenha concorrido com os custos para a aquisição de um determinado bem. Acrescente-se que até mesmo as dívidas posteriores ao matrimônio se comunicam. Os bens comuns prevalecem no regime da comunhão universal de bens, entretanto, o pacto antenupcial ou a lei podem ser estabelecer bens particulares de cada consorte. Com fulcro na constitucionalização do Direito Civil, entende-se que não seria cabível, no atual sistema, a opção do legislador pelo regime em apreço como

regra, na medida em que a realidade democrática modificou perspectivas anteriores.

A incomunicabilidade dos proventos pessoais de cada consorte tem sido relativizada pelo Superior Tribunal de Justiça, como elucida Pablo Stolze (2014, p. 281-282), aplicando-se a divisão do crédito em sede de regime de comunhão universal ou parcial de bens. O artigo 1.668 compreende os bens que a lei expressamente excluir da comunhão universal. Em primeiro lugar, os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar. O juiz de direito em epígrafe faz remissão à Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal, no bojo da qual a cláusula de inalienabilidade importa na incomunicabilidade.

Os demais incisos agregam os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, as dívidas anteriores ao casamento (em regra), as doações antenupciais, designadas por um nubente ao outro, com cláusula de incomunicabilidade e os bens arrolados no art. 1.659, V a VII.

Maria Berenice Dias (2015, p. 320) se manifesta opostamente à incomunicabilidade de bens como os instrumentos de trabalho, as pensões e os proventos do trabalho pessoal de cada consorte. Isso porque não é cabível atribuir preferência ao cônjuge que trabalha e é remunerado em detrimento do outro indivíduo, o qual pode desempenhar outras funções. Perfilha-se, no presente trabalho, esse posicionamento, o qual se coaduna à constitucionalização do Direito Civil, proporcionando, assim, maior proteção aos membros da família.

A advogada (2015, p. 321) não admite a presunção de que apenas um dos cônjuges concorreu para a aquisição do bem consubstanciado, por exemplo, em instrumentos profissionais. A prática de um ato ilícito por um dos cônjuges pode comprometer os bens do casal sob o regime de comunhão

universal de bens, contrapondo-se ao regime de comunhão parcial. Preleciona que as dívidas anteriores ao casamento não ingressam na comunhão. Obtempera, todavia, o conteúdo dos artigos 1.668, III e 1.659, III.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 328) pontuam que, se houver separação de fato do casal e cada um não concorrer para a aquisição de bens individuais do outro, não há que se invocar a comunhão universal de bens, eis que esta cessa com a ausência de esforço comum ante a separação de fato. Em suas palavras, "É sempre oportuno lembrar que o estado de comunhão universal somente perdura enquanto o casal estiver convivendo e, via de consequência, houver colaboração recíproca".

Pondera Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 324-325) que, malgrado o regime de bens escolhido seja o de comunhão universal, os nubentes podem estipular a exclusão de alguns bens no pacto antenupcial. Comenta, além disso, os bens excluídos pela lei no regime em estudo. O fideicomisso consiste em uma modalidade de substituição testamentária, em face do qual figuram o fiduciário e o fideicomissário, podendo ser definido os direitos do fiduciário e do fideicomissário como resolúveis, motivo pelo qual tais direitos não são passíveis de comunicação. As dívidas anteriores ao casamento, em regra, não se comunicam, mas, se convertidas em prol do casal ou se oriundas de gastos para o casamento, fala-se em comunicação.

Na exposição de Caio Mario da Silva Pereira (2014, p. 202-204), o artigo 1.669 não permite a extensão da incomunicabilidade dos bens citados anteriormente no atinente aos seus frutos que tenham sido percebidos ou vencidos no plano do matrimônio. Aplicam-se as regras de administração de bens do regime de comunhão parcial ao regime de comunhão universal de bens. Na extinção da comunhão, a responsabilidade de um cônjuge acerca dos débitos assumidos pelo

outro termina. A hipótese de extinção da comunhão propicia a partilha de bens e, dessa maneira, o ínclito escritor disserta sobre as suas possíveis causas, quais sejam, a morte de um dos consortes (o outro cônjuge mantém a posse dos bens comuns), a anulação do casamento quando putativo, a separação judicial e o divórcio.

O regime de participação final nos aquestos, pela lição de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 337), é misto ou híbrido, pois apresenta características tanto do regime de comunhão parcial como do regime de separação convencional de bens. Na constância do matrimônio, predominam as regras do regime de separação convencional e, na dissolução do casamento, acompanhado de partilha, mobiliza-se o regramento do regime de comunhão parcial no que tange aos bens adquiridos onerosamente por cada nubente durante o casamento. Giza o artigo 1.682 que não é admitida a renúncia ao direito à meação. O casal consegue, logo, administrar seus bens com liberdade no casamento. As dívidas acumuladas por um consorte não vinculam o patrimônio do outro, apenas os ganhos são partilhados, desde que tenham sido obtidos onerosamente no intervalo de tempo relativo à duração do casamento. Pela constitucionalização do Direito Civil, aponta-se o regime em epígrafe como pertinente aos casais empresários, tendo em ótica as suas peculiaridades. A Carta da República visa, também, com fundamento no postulado da dignidade da pessoa humana, reconhecer cada cidadão em sua individualidade, razão pela qual não se vislumbra óbice a esse regime de bens.

Pablo Stolze (2014, p. 297-299) elucida que, consoante dispõe o art. 1.673 do novel diploma, os bens adquiridos somente com a concorrência do próprio cônjuge, ainda que na constância do casamento, não serão partilhados. Assim sendo, apenas os bens adquiridos conjuntamente serão partilha-

dos por instrumento da dissolução do matrimônio. De acordo o artigo 1.829, o consorte que optou por esse regime terá direito de concorrência em relação aos descendentes do autor da herança. Cite-se, nesse diapasão, a complementaridade entre os artigos 1.647 e 1.656. A matemática desse regime precisa ser explicada pelas diversas massas patrimoniais a serem consideradas pelo magistrado na sua apreciação.

Maria Berenice Dias entende que as regras sobre o regime em discussão não tem uma carga interpretativa simples e, em alguns casos, faz-se necessária a obtenção de conhecimentos periciais para a divisão dos aquestos. A partilha de bens alberga os resultados positivos de um consorte em cotejo com o outro. É um regime escolhido, geralmente, para cônjuges que desempenham atividade econômica. A autora cita algumas categorias do regime em tela: os bens particulares (art. 1.674, I e II), comuns (amealhados pelos consortes durante o matrimônio), patrimônio próprio (soma dos bens particulares com os obtidos por cada nubente, em seu nome, no decorrer do casamento) e os aquestos (bens adquiridos pelo casal conjuntamente no decorrer do casamento e bens adquiridos por cada cônjuge em nome próprio). Os aquestos serão objeto de partilha quando da eventual dissolução do casamento. Argumenta que a separação de fato possibilita a apuração dos bens (DIAS, 2015, p. 322).

Ensina Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 205) que o Estatuto Civilístico presume relativamente que os bens móveis foram adquiridos no decorrer do matrimônio. Pelo 1.675, os aquestos englobam os bens doados por um nubente sem a autorização do outro quando indispensável. É possível determinar, por via dessa lição, que o legislador almejou coibir fraudes no matrimônio a partir desse regime de bens. Sobre o art. 1.676, o ínclito jurista comenta que "compete ao cônjuge lesado optar entre a reivindicação dos bens em espécie, ou a

imputação do valor, prerrogativa que também se estende aos seus herdeiros (2014, p. 206)".

O regime de separação legal ou obrigatória de bens, como especifica a doutrina (GONÇALVES, 2014, p. 312), decorre de expressa previsão legal, de tal forma que, independentemente, em princípio, de suas vontades, os nubentes se sujeitam a tal regime. O art. 1.641 do Código Civil elenca, em seus incisos, as situações que requerem a sua utilização: desrespeito às causas suspensivas de celebração de casamento, a pessoa maior de setenta anos e os que precisarem de suprimento judicial para casar.

Por ausência de fundamento legal, opina Pablo Stolze (2014, p. 256) no sentido de que não cabe aplicação desse regime à união estável em razão de inexistir previsão legal sob essa perspectiva. Em se tratando dos incisos concernentes ao artigo em comento, o inciso I reconhece as causas suspensivas, as quais não têm o condão de anular o casamento. Todavia, o doutrinador entende que o inciso II padece de vício de inconstitucionalidade, pois viola o princípio da isonomia e a idade avançada não quer dizer incapacidade do indivíduo. O inciso III, a seu turno, remete aos menores que não tiveram a anuência dos pais para o fim de casarem ou não atingiram a idade núbil.

A súmula 377 do Supremo Tribunal Federal é externada por Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 180-182) com o escopo de aprofundar o regime de separação obrigatória de bens. O entendimento sumulado é de que os bens adquiridos na constância do casamento, sob o manto do regime em estudo, se comunicam. O Superior Tribunal de Justiça, a outro giro, se vinculou, a princípio, a uma imprescindível apuração do esforço comum, a qual foi considerada despicienda.

O regime de separação convencional é regulada pelos arts. 1.687 e 1.688 do Código Civil. A administração exclusiva dos bens incumbe a cada um dos nubentes e, dessa forma, cada

cônjuge pode alienar ou gravar de ônus real os seus bens, independentemente de autorização conjugal. Entretanto, os consortes devem concorrer nas despesas do casal, podendo o pacto antenupcial dispor em sentido oposto. Com esteio na constitucionalização do Direito Civil, aponta-se o referido regime como pertinente à autonomia da vontade, a qual objetiva a consagração da individualidade dos nubentes.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 328-329) aventa que o casamento, nesse regime, não produz efeitos sensíveis na esfera patrimonial, porquanto cada cônjuge administra seus bens pautados na liberdade e na plena propriedade. Os frutos, os bens presentes e os futuros não se comunicam, portanto. É requisito para a sua prevalência a estipulação no pacto antenupcial. Em que pese unirem as suas vidas, os seus patrimônios não são alterados em função do matrimônio.

Consoante se depreende da obra de Maria Berenice Dias (2015, p. 321-323), cabe ao casal, no regime em escrutínio, concorrer com as despesas conjuntas (observada uma proporção) havendo que se falar em comunicação de dívidas afetas à economia doméstica e em obrigação alimentar. Sob uma visão empírica, concebe-se um acervo de decisões aplicando o teor da Súmula 377 do STF, comentada alhures, ao regime da separação convencional de bens, porque se presume o esforço conjunto do casal no intuito de amealhar os bens no decorrer do casamento e, caso não fosse manejado tal ilação, poderia ser dado azo a enriquecimento ilícito de um dos consortes. No que pertine ao direito sucessório, a advogada vertente semeia a possibilidade de o consorte ser inventariante, assim com a sua condição de herdeiro necessário.

CONCLUSÃO

Por derradeiro, reputa-se coerente a ilação segundo a qual os regimes de bens são rodeados pelos princípios da autono-

mia da vontade e da liberdade de escolha, de maneira que é possível, inclusive, a opção dos nubentes por um regime de bens híbrido ou misto. No regime misto, o casal pode convencionar a aplicação de atributos específicos dos regimes típicos conforme as suas vontades e necessidades. Pela constitucionalização do Direito Civil, reconhecem-se, com afinco, todas as possibilidades quanto à escolha do regime de bens a reger uma relação matrimonial. A Carta Magna, como corolário de direitos e garantias, assente que a autonomia da vontade, conjuntamente aos princípios constitucionais, como o postulado da dignidade da pessoa humana, se consubstancia nas relações privadas e, destarte, concretiza intenções humanas.

O legislador do Código Civil brasileiro de 2002 selecionou o regime da comunhão parcial de bens como o suplente na esfera econômica do patrimônio. Incide uma presunção absoluta de que ambos os consortes desempenharam uma função capaz de calcar o patrimônio ensejado a título oneroso no período de tempo contemplado pelo casamento. Entende-se, neste ensaio, que a escolha foi a mais adequada em cotejo aos parâmetros constitucionais, mormente, no tocante à constitucionalização do Direito Civil. A democracia trouxe muitas mudanças e a opção do poder constituinte se fundamenta no exercício de trabalho pelos membros da família.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias – 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, Direito de Família: As famílias em perspectiva constitucional – 4ª ed., Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto - Direito Civil Brasileiro - Volume VI - Direito de Família - 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

HETKOWSKI, Nizangela. ARAÚJO, Jenaldo Alves de. Regime de bens. Jus Societas, Paraná, n. 2, 2009. Disponível em: < http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/617/411 >. Acesso em: 10 ago. 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Casamento e Regime de Bens. p.6. Disponível em: <http://www.professorchristiano.com.br/artigosleis/artigo_giselda_casamento.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2016.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 141, p. 12, jan./mar. 1999.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do numerus clausus. Revista Brasileira do Direito de Família, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, n. 12, p. 14, jan./mar. 2002.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington Barros; DA SILVA, Regina Beatriz Tavares. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 42ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil, Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p 233-258, jul/dez 2006.

PEREIRA, Caio Mario da Silva - Instituições de Direito Civil - Volume V - Direitos De Família - Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Sílvio. Direito civil: Direito de família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil - Famílias - Vol. 6 – 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito de família. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.